Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Richard Werner,
Referendar.

Breslau 1909.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinem Onkel

dem Maler Emil Noellner

gewidmet.

Inhalt.

S. 1. **I. Grundstückspfandrecht und Forderung** . . . . § 1

„ 5. **II. Die Höchstbetragshypothek** . . . . . § 2

1. Geschichte.

a) Das Römische und Gemeine Recht.

„ 6. b) Die Deutschen Partikularrechte.

„ 8. 2. Gestaltung im B.G.B. . . . . § 3

„ 12. **III. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek.**

1. Allgemeines . . . . . § 4

„ 16. 2. Die Nichtentstehung der Forderung.

a) Überblick . . . . . § 5

„ 17. b) Grundsätze . . . . . § 6

„ 18. I. Die sofortige Gläubigerhypothek und die ursprüngliche Eigentümerhypothek.

„ 26. II. Rechtssprechung und Rechtslehre über die sofortige Gläubigerhypothek.

„ 31. III. Die Rechtslage des Gläubigers und des Eigentümers während der Schwebezeit.

„ 39. IV. Die nichtvalutierten Hypotheken i. e. S.

„ 43. c) Anwendung auf die Höchstbetragshypothek § 7

„ 51. 3. Das Erlöschen der Forderung . . . . . § 8

„ 57. 4. Sonderfälle . . . . . § 9

I.

Grundstückspfandrecht und Forderung.

§ 1.

Der Inhalt der Grundstückspfandrechte wird in den §§ 1113, 1191 B.G.B. dahin bestimmt: Ein Grundstück wird in der Weise belastet, daß „aus ihm“ eine bestimmte Geldsumme an den Berechtigten zu zahlen ist. Bei der Hypothek zieht das Gesetz außerdem den wirtschaftlichen Zweck der Belastung in seine Begriffsbestimmung hinein: Die Belastung erfolgt hier „zur Befriedigung wegen einer dem Berechtigten zustehenden Forderung“. Zwar entbehren auch die übrigen Grundpfandrechte niemals eines solchen wirtschaftlichen Grundes. „Es gibt keine Realobligation ohne persönliche, um derenwillen sie begründet wird.“[1]) Wie eine Obligation, selbst die abstrakte, stets auf eine causa zurückführt, ebenso kann ohne persönliches Schuldverhältnis keine dingliche Belastung[2]) gedacht werden. Die rechtlichen Beziehungen zwischen der persönlichen Forderung und dem dinglichen Recht am Grundstück können jedoch vom Gesetz entsprechend den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Zeit verschieden gestaltet werden. In der Tat sind sie auch in den verschiedenen Rechtssystemen höchst verschieden geartet. Die Haftung der

[1]) Hachenburg, Vorträge S. 256.

[2]) Selbst die forderungsentkleidete Eigentümergrundschuld des § 1177 I B.G.B. nicht. Auch ihr wirtschaftlicher Grund ist eine künftig gedachte Schuld; vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III S. 577, 578; Dümchen in Iherings Jahrbüchern Bd. 54 S. 467, 468.

Sache kann von einer daneben stehenden persönlichen Forderung mit Haftung des Gesamtvermögens des Schuldners abhängig oder unabhängig sein. Ja, das objektive Recht kann eine persönliche Haftung, d. h. Gesamtvermögensverhaftung, neben der Sachhaftung auch ausschließen. Das Immobiliarpfandrecht des B.G.B. folgt keinem einheitlichen Prinzip, vielmehr weist es die drei eben bezeichneten Formen nebeneinander auf: in der Eigentümergrundschuld des § 1177 I die reine Sachhaftung; in der Gläubigergrundschuld und der Eigentümerhypothek des § 1177 II Sach- und Personenhaftung nebeneinander möglich, aber voneinander unabhängig; in der Hypothek Sachhaftung, abhängig von Personenhaftung. Ob das B.G.B. jedoch für die letztgenannte Form, die Hypothek, die gedachte Abhängigkeit zum Prinzip erhoben hat, ist streitig.

Für die vorliegende Aufgabe ist die eben erwähnte Streitfrage, ob oder wieweit das Hypothekenrecht des B.G.B. einem bestimmten Prinzip unterliegt, die Frage nach der „akzessorischen Natur" der Hypothek, von besonderer Bedeutung. Es mag daher auf die geschichtliche Entwickelung des Verhältnisses zwischen Forderung und dinglichem Recht ein Blick geworfen werden.

Das Römische Pfandrecht war streng akzessorisch. Die persönliche Haftung des Schuldners sollte durch eine hinzutretende subsidiäre Sachhaftung verstärkt werden. Das Pfandrecht folgt dem Schicksal der Forderung, an welche es gebunden ist.

Anders das Deutsche Recht. Ursprünglich begründete das „wadium" an Fahrnis wie an Liegenschaften eine reine Sachhaftung; eine weitere persönliche Haftung d. h. Haftung des ganzen Schuldnervermögens ist ausgeschlossen. Erst später wird eine persönliche Haftung neben der Pfandhaftung möglich, sie mußte jedoch durch „Geloben zum Pfande" besonders begründet werden. Auch von dem besonderen Liegenschaftspfand, der Satzung in ihrer älteren Form, gilt noch dasselbe. Erst die neuere Satzung gewährte nach einigen Rechten die Befugnis, sich sowohl aus dem

Pfand, wie aus dem übrigen Vermögen des Schuldners zu befriedigen.[1])

Nachdem infolge der Rezeption die streng akzessorische Hypothek gemeines Recht geworden war, gelangte nur ganz allmählich der deutschrechtliche Gedanke der Selbstständigkeit des dinglichen Rechtsverhältnisses — wesentlich unterstützt durch die Einrichtung der öffentlichen Bücher — in den Partikularrechten wieder zum Durchbruch. Der römische Grundsatz, daß ohne Forderung kein Pfandrecht bestehen kann, wird durchbrochen. Zunächst wird das Vertrauensprinzip des Grundbuchs auch auf die Forderung erstreckt und dadurch das dingliche Gläubigerrecht ohne die Forderung aufrecht erhalten; so für das Preußische Recht zuerst durch das A.L.R. I 20 § 11, 12, 423 ff. Trotzdem hält es an der akzessorischen Natur der Hypothek fest. Schließlich führte man mehrere Arten des Grundpfandes ein und gestaltete die eine selbständig, die andere beließ man in der Abhängigkeit von der Forderung.[2]) — Abgesehen davon aber wird die völlige Loslösung des dinglichen Rechts von der Forderung dadurch herbeigeführt, daß man es ohne die Forderung in der Hand des Eigentümers fortbestehen ließ. So schuf das Preußische Recht das Eigentümerpfandrecht zunächst für den Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum (Deklaration vom 11. 8. 1802), weiterhin auch für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer (Deklaration vom 3. 4. 1824). Das gleiche galt noch nach dem E.E.G. Auch hinsichtlich der Wirkungen wurde das Eigentümerpfandrecht erst allmählich ausgestaltet.[3]) Erst nach § 27

[1]) Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts II S. 684, 297; Gierke, Deutsches Privatrecht 1905 II S. 811 ff., 823 ff., 920 ff.; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts (in Fischers Abhandlungen) 1899; Dümchen, a. a. O. S. 413; Bruck, Die Eigentümerhypothek in Fischers Abhandlungen 1903.

[2]) So für das Pr. R. zuerst durch das Eigentums-Erwerbs-Gesetz von 1872 Kautionshypothek — Verkehrshypothek — Grundschuld.

[3]) Nach Pr. R. erscheint die Eig.-Hyp. seit dem E.E.G. auch im Grundbuch (§ 64).

E.E.G. hat der Eigentümerhypothekar auch Anteil am Versteigerungserlös.[1]) — In beiden Richtungen hat das B.G.B. die Entwickelung fortgesetzt. Das Eigentümerpfandrecht hat es weit umfassender ausgestaltet, und hinsichtlich des Gläubigerrechts macht es wie das E.E.G. die Abhängigkeit der Belastung von der Forderung zum Kriterium der beiden Hauptgrundpfandarten, Hypothek und Grundschuld.[2]) Auch darin folgt es ferner einem Gedanken des E.E.G., daß es das Maß der Abhängigkeit von der Forderung wiederum zum Kriterium macht für die verschiedenen Arten der Hypothek. Für die Sicherungshypothek ist das Vertrauensprinzip des Grundbuchs nicht auf die Forderung erstreckt, anders bei der Verkehrshypothek. Jene dient daher vor allem der Sicherstellung, die Verkehrshypothek dagegen der Mobilisierung des Grundbesitzes. Eine Sonderform der Sicherungshypothek ist die Höchstbetragshypothek. Ihre Besonderheit liegt wiederum in der Forderung. Sie soll der Sicherung solcher Forderungen dienen, welche die Parteien bei der Hypothekbestellung nach Betrag oder auch nach Entstehung nicht bestimmt angeben können oder wollen. Deshalb wird die Feststellung der Forderung für später vorbehalten und zur Wahrung der Spezialität ein Höchstbetrag eingetragen. — Mit der Besonderheit der Höchstbetragshypothek als Eigen-

---

[1]) Vgl. auch Pr. Ob.-Trib.-Entsch. XII, 66. Grundsätzlich noch für das Recht des B.G.B. dagegen: Kindel in der Festgabe für Koch 1903.

[2]) Man hat mit Unrecht die Hypothek ein kausales, die Grundschuld ein abstraktes Grundpfand genannt (z. B. Hachenburg, Vorträge S. 257; Dernburg, B.R. III S. 575). Mit Recht betont dagegen Dümchen, a. a. O. S. 417, daß auch die Hypothekbestellung ein abstraktes Geschäft ist. In der Tat ist die Sicherung der Forderung zwar Zweck der Hypothek, aber nicht, wie die Hingabe des Darlehns oder die Übereignung der Kaufsache bei einem kausalen Schuldverhältnis, auch ihr Rechtsgrund. Vgl. auch den Wortlaut des § 780 B.G.B. Das tertium comparationis ist vielmehr nur die Abhängigkeit: der Hypothek von der Forderung, der Obligation von der causa.

tümerhypothek beschäftigt sich die vorliegende Arbeit. Es soll daher zunächst die Sondernatur der Höchstbetragshypothek überhaupt erörtert und hierzu vorerst ihre geschichtliche Entwickelung dargestellt werden.

II.

Die Höchstbetragshypothek.

§ 2.

1. Geschichte.

a) Dem Römischen Recht war ein Spezialinstitut zur Sicherung ungewisser Forderungen unbekannt. Dies ist erklärlich. Denn es fehlte ihm der Grundsatz der Spezialität des Pfandrechts: certa pecunia, certa res. Deshalb fehlte die Veranlassung zur Ausbildung eines Sonderinstituts für ungewisse Forderungen. Ausdrücklich gestattete es ein Pfandrecht für eine Obligatio futura, Marcianus D. 20, 1, 5 pr. Ob dieser Begriff ganz allgemein[1]) zu verstehen ist, also auch bedingte und betagte Forderungen umfassend, oder[2]) ob er nur „Forderungen zu denen noch gar kein Grund gelegt ist", umfaßte, ist streitig. Auch die Wirkung des Pfandrechts für künftige Forderung war in den Quellen nicht klar normiert. Die einschlägigen Stellen des Paulus, Gaius und Papinianus: D. 20, 3, 4; D. 20, 4, 11 pr.; D. 20, 4, 11; D. 20, 4, 1 pr. widersprechen sich. Nach den ersten drei Stellen datiert das Pfandrecht erst von der Entstehung der Forderung, nach der letzten von der Bestellung an. Dieser Widerspruch der Quellen führte auch unter den deutschen Pandektisten zu der berühmten Streitfrage[3]) nach der Datierung des Pfandrechts für

[1]) So Dernburg, Das Pfandrecht I S. 517, 518.

[2]) So Windscheid, Pandekten 1891 I S. 674.

[3]) Vgl. dazu Dernburg, Pfandrecht I S. 530 und Pandekten I S. 682; Entsch. d. R.G. Bd. 14 S. 250; Schneider, Von welchem Moment datiert die Kredithypothek des gem. R.? Dissertation. Elias: Die Kredithypothek. Dissertation, Erlangen 1900.

künftige Forderungen. Sollte sich der Rang z. B. einer Kredithypothek nach der Zeit der Bestellung oder dem Moment der Kreditbenutzung richten? Das erstere forderte das wirtschaftliche Bedürfnis, denn sonst konnte der Schuldner noch vor der Entstehung der Forderung durch Verfügung über die Pfandsache das Recht des Gläubigers vereiteln. Der Vordatierung des Pfandrechts aber widersprach wiederum die akzessorische Natur der Hypothek. Man einigte sich schließlich dahin, daß das Pfandrecht grundsätzlich erst mit der Entstehung der Forderung entstehe; ausnahmsweise aber sollte es dann schon von der Bestellung datieren, wenn eine der Parteien schon gebunden war, die Forderung entstehen zu lassen,[1]) z. B. im Falle der Kredithypothek, bei der der Gläubiger durch Kreditvertrag gebunden war. Den „Altersvorzug" der Kredithypothek mit der akzessorischen Natur der Hypothek theoretisch in Einklang zu bringen, blieb jedoch eine Streitfrage der gemeinrechtlichen Wissenschaft, auf die eine einstimmige Antwort nicht erzielt wurde.[2]) Die Einen[3]) erklärten die Abweichung mit Gründen der Billigkeit, andere mit einer „dinglichen Pfandgebundenheit" bis zur Entstehung der Forderung, noch andere[4]) meinten, die Vordatierung verstoße nicht gegen den akzessorischen Charakter der Hypothek. Schließlich[5]) erhob man sogar den „Kredit" zum Recht und erklärte ihn, statt der Forderung, als durch das Pfand gesichert.

b) Auch das ältere deutsche Recht hat kein Sonderinstitut eines Pfandrechts für ungewisse Forderung ent-

[1]) Ähnlich übrigens neuerdings Eccius (Gruchots Beiträge Bd. 50 S. 500), für das Fahrnispfand des B.G.B. trotz der ausdrücklichen Vorschrift des § 1209 B.G.B.

[2]) Auch heute ist (vgl. unten § 6) diese Frage für das Gläubigerrecht selbst unter der Herrschaft des B.G.B. noch nicht zur Ruhe gekommen.

[3]) Vgl. Schneider, S. 30.

[4]) J. Dernburg, Pfdr. I S. 520; vgl. auch Windscheid, a. a. O.

[5]) Grünhut in seiner Ztschrft. III S. 532; Endemann, Ztschrft. f. d. ges. Handelsrecht 4 S. 211.

wickelt. Erst später haben die Partikularrechte — fußend auf dem Prinzip der öffentlichen Bücher und der Spezialität des Immobiliarpfandrechts — Institute ausgebildet, welche als Vorläufer der Höchstbetragshypothek erscheinen. Nach A.L.R. I 20, 411 entsteht die Hypothek „durch Eintragung in die öffentlichen Bücher"; ferner können „künftige Ansprüche durch Hypothek sichergestellt werden".[1]) Freilich ist der Grundsatz der Spezialität noch nicht ganz ausgeprägt, die Belastung eines Grundstücks in unbestimmter Höhe ist zulässig. Das Preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 schaffte hier Wandel (§ 24): Es verlangt die Eintragung eines Höchstbetrags, „wenn die Größe des Anspruchs bei der Eintragung noch unbestimmt ist". Der Höchstbetrag ist die Grenze der Belastung. E.E.G. § 24 ist auch umfassender als das A.L.R., es bezieht sich nicht nur auf künftige Forderungen. Diese „Kautionshypothek" (§ 24) ist eine Vorgängerin der Höchstbetragshypothek. Wir finden entsprechende Institute auch in anderen Landesgesetzen wieder: Das Sächsische B.G.B. hat seine Kautionshypothek, das Württembergische und Bayrische Recht seine Sicherheitshypothek, das Mecklenburgische seine Ultimatumshypothek:[2]) Überall muß für die der Höhe nach unbestimmte Forderung ein Höchstbetrag eingetragen werden. Dem entspricht die Kautionshypothek des Österreichischen Rechts.[3]) Auch der Code civil verlangt Eintragung einer „valeur estimative" (art. 2132). — Die Frage nach dem Rang der Hypothek für künftige Forderung war durch das Eintragungsprinzip erledigt. Man ließ im allgemeinen soweit ihre Wirkung mit der Eintragung entstehen,[4]) hielt aber an der akzessorischen Natur der Hypothek fest. So erzeugte nach

---

[1]) A.L.R. I 20, 14; Turnau, Grundbuchordnung I S. 389.

[2]) Sächs. B.G.B. § 389; Heink, Kautionshypothek; Bayr. Hyp.-Ges. von 1822 § 19; Regelsberger, Bayr. Hyp.-R. S. 187; Römer, Württemb. Unterpfandsrecht S. 104; Meibom, Mecklenb. H.R. S. 130.

[3]) Exner, Österr. H.R. S. 133; G.B.G. von 1871 § 14.

[4]) Nach Code civil (art. 2127) entsteht die Hypothek sogar schon vor der inscription.

Preußischem Recht die Eintragung einer Kautionshypothek nur ein bedingtes Hypothekenrecht,[1]) „bedingt dadurch, daß die erwartete Forderung entsteht". Erst durch die Entstehung einer Forderung wurde die Kautionshypothek in dieser Höhe unbedingt, eine „endgültige Hypothek". Dernburg[2]) nennt sie ein „werdendes Hypothekenrecht". Im Bayrischen Recht entsteht die Sicherheitshypothek nicht durch die Eintragung, diese legt nur den „Keim" zur künftigen Entstehung; es entsteht eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks, während das Hypothekenrecht erst mit der Forderung entsteht.[3]) Ebenso Römer[4]) für das Württembergische Recht. Dagegen verfochten für das Österreichische und Sächsische Recht Exner[5]) und Heink[6]) den Grundsatz, daß auch vor Entstehung der Forderung eine wirkliche Hypothek vorhanden sei.

§ 3.

2. Gestaltung im B.G.B.

Die Partikularrechte hatten die Kautionshypothek nicht erschöpfend normiert. Das B.G.B. unterstellt, an die Preußische Kautionshypothek anknüpfend, die Höchstbetragshypothek den Grundsätzen der „Sicherungshypothek" und gibt ferner einige Sonderbestimmungen.[7])

Das unterscheidende Merkmal der Höchstbetragshypothek ist nach § 1190 B.G.B. der Vorbehalt der Feststellung der Forderung. Die Höhe der Forderung wird nicht angegeben,

---

[1]) R.G. 49 S. 164.
[2]) Dernburg, Pr. H.R. S. 62.
[3]) Regelsberger, Bayr. H.R. S. 189.
[4]) Römer, S. 105.
[5]) S. 133 a. a. O.
[6]) S. 10 a. a. O.
[7]) Die Spezialliteratur zur Höchstbetragshypothek ist umfangreich. Vgl. außer den Kommentaren und Lehrbüchern des B.G.B. die Dissertationen von Cohn (1902), Hecking (1903), Hoffmann (1904), Settegast (1905), Schmitz (1907) — Leipzig; Wöhler (1904), Heidelberg; Braun (1908), Breslau.

deshalb ist zur Wahrung des Spezialitätsprinzips ein Aushilfsmittel erforderlich: Der Höchstbetrag begrenzt die Belastung des Grundstücks. Die Forderung kann künftig (§ 1113 II) oder gegenwärtig sein, sie kann auch schon der Höhe nach feststehen, es kommt nur darauf an, daß sie als ungewiß angegeben, ihre Feststellung vorbehalten wird. Diese Feststellung, deren Vorbehalt die Sondernatur der Höchstbetragshypothek begründet, ist in der Literatur sowohl ihrem Wesen nach, wie bezüglich ihrer Form und Wirkung vielumstritten; sogar über den Gegenstand der Feststellung herrscht Streit. Diese Fragen sind auch für die vorliegende Aufgabe von Bedeutung.

Vorbehalten ist (§ 1190 [1]) die Feststellung „der Forderung". Der erste Entwurf sprach noch von einer Feststellung „des Betrages der Forderung". Die Änderung stammt aus der Redaktionskommission der zweiten Lesung. Jedenfalls gestattet der jetzige Wortlaut des Gesetzes, nicht nur den Betrag sondern auch die Individualisierung, die Art der Forderung einer späteren Feststellung vorzubehalten,[1]) gleichviel aus welchem Grunde die Worte „des Betrages" gestrichen worden sind. Mit Unrecht wollen einige den Vorbehalt auf die Höhe der Forderung beschränken.[2]) Es ist also zulässig eine Höchstbetragshypothek für alle irgendwann und irgendwie dem Gläubiger gegen den Schuldner entstehenden Forderungen zu bestellen,[3]) und später, wenn vielleicht der Höchstbetrag durch die Summe der Einzelforderungen überschritten ist, nicht nur den Betrag, sondern

---

[1]) Übereinstimmend: Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I S. 618[3]; Planck, Kommentar III. Bd. 3. Aufl. S. 713 [2d]; derselbe Autor in Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung 1901 S. 61; Hecking, a. a. O. S. 19; Settegast, S. 15.

[2]) Böhm, Grundbuchrecht 1898, S. 294[2]; Schmitz, S. 13; Grützmann in Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 45 S. 260.

[3]) Vgl. auch das Preuß. amtliche Formular für den Eintrag der Höchstbetragshypothek (Anlage A der Preuß. Justizministerialverfügung vom 20. November 1899): Es führt die Forderung überhaupt nicht auf.

auch die einzelnen Forderungen selbst vertraglich „festzustellen“.[1]) — Die rechtliche Natur der „Feststellung“ ergibt sich aus dem Gesetze selbst. Sie ist nichts anderes als eine bei der Hypothekbestellung unterbliebene, nunmehr nachgeholte Einigung der Parteien (§ 873) über die gesicherte Forderung. Geht man hiervon aus, so ergibt sich, daß sie ein Vertrag, und zwar ein dinglicher Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer[2]) ist, nicht aber ein abstraktes obligatorisches Schuldanerkenntnis[3]) des persönlichen Schuldners, welches also der Schriftform bedürfte (§ 781, 782 B.G.B.; § 350 H.G.B). Sie geschieht vielmehr gemäß § 873 B.G.B. durch Einigung und Eintragung. Die Zustimmung des Schuldners oder der Nachgläubiger ist, da sie ohne Interesse sind, rechtlich nicht erforderlich.[4]) Notwendig ist dagegen die Zustimmung der an der Hypothek selbst Berechtigten (§ 877): Denn die Feststellung der Forderung ändert den Charakter der Höchstbetragshypothek, mit der Nachholung der Einigung über die Forderung und

---

[1]) Es ist unrichtig, daß der Gläubiger diese Bestimmung der gesicherten Forderung einseitig zu treffen habe, wenn der Höchstbetrag überschritten ist. Dies wird behauptet von: Biermann, Sachenrecht S. 419 [5b]; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. I 3. Aufl., Bem. zu § 1190; Dernburg, Preuß. Hyp.-Recht S. 203; derselbe, Sachenrecht § 243; Kober, (Staudingers Kommentar) 1907 Bd. III S. 796 [3b]. In der II. Kommission wurde ein entsprechender Antrag abgelehnt.

[2]) So auch Biermann, a. a. O.; Schmitz, S. 37; Turnau-Förster, S. 998, 1028; Hoffmann, S. 79; Oberneck, S. 963; bes. auch Crome, System, Sachenrecht S. 801; Mathias, Lehrbuch 2. Bd. S. 183.

[3]) So Fuchs, S. 625; Müller-Meikel, B.G.B.[2] I S. 920; Settegast, S. 38.

[4]) Zu unterscheiden von dieser grundbuchlichen Feststellung sind aber andere private Feststellungen der Parteien über Bestand und Höhe der Forderung, wie sie z. B. häufig bei Abtretung der Hypothek, Verkauf des Grundstücks usw. vorkommen werden, um die Valutierung der Hypothek zu ermitteln. Bei diesen wird allerdings der persönliche Schuldner die Hauptrolle spielen. Sie sind ohne Einfluß auf die Hypothek und fallen nicht unter § 1190 I B.G.B.

ihrer Angabe im Grundbuch muß notwendig auch der Sondercharakter der Hypothek entfallen, der Höchstbetrag hat seine Schuldigkeit getan. Mit Unrecht wird vielfach behauptet, daß die Feststellung der Forderung den Charakter der Hypothek nicht berühre, ohne dingliche Wirkung bleibe.[1]) Vielmehr liegt nunmehr eine „feste" Sicherungshypothek gemäß § 1184 vor.[2]) Zu Unrecht will Böhm (S. 296) die Höchstbetragshypothek durch die Feststellung der Forderung sogleich zur Verkehrshypothek werden lassen. Dies kann vielmehr nur im Wege der „Umwandlung" der Hypothek gemäß § 1186 geschehen, denn die Parteien müssen sich über die Schaffung dieser selbständigeren Hypothek erst besonders einigen. — Ein in der II. Kommission gestellter Antrag, die Höchstbetragshypothek nach der Feststellung in Höhe des nicht festgestellten Betrages erlöschen zu lassen, wurde abgelehnt.[3]) Man hätte damit gegen den Grundsatz, die Belastung stets auch ohne Forderung aufrecht zu halten, verstoßen. Die Feststellung, daß eine Forderung nicht besteht, ist jedoch, wie unten ausgeführt, nicht an sich konstitutiv für die Entstehung der Eigentümerhypothek. Vielmehr entsteht die Eigentümerhypothek auch hier stets aus den bei allen Hypotheken maßgeblichen Gründen, deren Vorliegen die „Feststellung" nur klarlegt. —

Die geschilderte Sondernatur der Höchstbetragshypothek hat bei Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften mancherlei Besonderheiten zur Folge, welche z. T. das Gesetz in § 1190 selbst ausdrücklich statuiert. Sie sind insoweit Gegenstand der nachstehenden Erörterung, als sie die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht für die Höchstbetragshypothek modifizieren.

---

[1]) Oberneck, S. 963 (trotzdem hält er die Feststellung für einen dinglichen Vertrag); Fuchs, Planck, Settegast, a. a. O.; Cohn, S. 40.

[2]) So auch Biermann, Crome, Matthias, a. a. O.; Schmitz, S. 36; Hecking, S. 50.

[3]) Protokolle III S. 622, 693.

III.

Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek.

§ 4.

1. Allgemeines.

Der gesetzgeberische Zweck[1]) der Eigentümerhypothek ist, das ungerechtfertigte Aufrücken der Nachhypothekare bei Wegfall der Forderung zu verhüten. Diese würden einen unverdienten Vorteil, der Eigentümer aber einen Nachteil davon haben. Denn bei Begründung der Hypothek wird mit dem Aufrücken an eine bessere Rangstelle nicht gerechnet, vielmehr pflegen die Beleihungsbedingungen für den Eigentümer ungünstiger, für den Gläubiger günstiger gestaltet zu werden, z. B. der Zinsfuß erhöht zu werden, je mehr das Grundstück bereits belastet ist. — Das Gesetz kann natürlich — wie z. B. das B.G.B. getan hat — noch andere dem Wegfall der Forderung analoge Fälle als Quelle der Eigentümerhypothek betrachten, es kann diese im Interesse einer allgemeinen Regelung ferner auch entstehen lassen, wenn andere nachstehende Realberechtigte nicht vorhanden sind, und sichert dem Eigentümer dadurch die günstigere Rangstelle der weggefallenen Post für sich und seine besonderen Kreditbedürfnisse im Hinblick auf etwa künftige Realgläubiger. — Über den bezeichneten negativen Zweck hinausgehend, verleiht das Gesetz endlich dem Eigentümerhypothekar auch positive hypothekarische Befugnisse, d. h. ein wirkliches Recht an eigener Sache, vor allem in der Surrogationsbefugnis bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks.

Nur defensive Zwecke verfolgten einige Partikularrechte durch das System der „festen Stellen", welches bei Erlöschen einer vorgehenden Post nur das Nachrücken der Nachgläubiger ausschloß und dem Eigentümer ferner das Recht gab, an der alten Stelle ein neues Pfandrecht zu

[1]) Vgl. Protokolle S. 600 ff., auch die Denkschrift.

begründen.[1]) Die Preußische Gesetzgebung hat jedoch (in der oben im einzelnen [§ 1] geschilderten Weise) von vornherein den Eigentümer „in die freigewordene Pfandstelle succedieren“ lassen, ihm so ein auch in der Zwangsversteigerung voll wirksames Recht an der eigenen Sache[2]) aber auch die Möglichkeit gewährt, durch Löschung der Eigentümerhypothek die Nachhypothekare aufrücken zu lassen.

In zwei Richtungen war jedoch nach den Bestimmungen des Preußischen Rechts (E.E.G. §§ 63—66) das Anwendungsgebiet der Eigentümerhypothek (gegenüber der jetzigen Regelung durch das B.G.B.) erheblich eingeschränkt. Einmal trat die Eigentümerhypothek nur ein im Falle der Konfusion von Gläubigerrecht und Eigentum und bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer. Weiterhin aber schloß § 67 E.E.G. die Anwendung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf die Kautionshypothek vollständig aus.[3]) Diese Bestimmung ist vom Standpunkt des Preußischen Rechts verständlich, denn der Bestand der Kautionshypothek war durch den der Forderung bedingt. Dernburg will bei der von ihm so genannten Ultimathypothek, d. h. bei Hypothek für gegenwärtige Forderung, bei der nur „die Relation zur heimischen Währung“ noch ungewiß ist, den Eigentümer einrücken lassen; aber auch bei der Kautionshypothek im engeren Sinne, d. h. der Hypothek für künftige, der Existenz und Höhe nach unbestimmte

---

[1]) z. B. Bayrisches Hyp.-Ges. § 84. — Vgl. im einzelnen dazu ferner: Gierke, II S. 919; Stobbe-Lehmann, § 115; Roth, Deutsches Privatrecht III, § 319.

[2]) Durch diese positive Wirkung unterscheidet sich das moderne Eigentümerpfandrecht von dem bereits im Römischen Recht ausnahmsweise bei Zusammentreffen von Eigentum und Gläubigerrecht zugelassenen Pfandrecht an der eigenen Sache. Es hatte nur die negative Funktion, den Eigentümer gegen die Nachhypothekare zu schützen. Vgl. D. 44, 230; D. 20, 4, 19; D. 20, 4, 17; Cod. 8, 19, 3; ferner Dernburg, Pfdr. II S. 515.

[3]) Es war übrigens die einzige Sonderbestimmung für die Kautionshypothek.

Forderungen, soll dies geschehen, „wenn eine dauernde Schuld erwachsen und im Grundbuch manifestiert“ sei, dagegen solle er nicht einrücken, solange dem Gläubiger noch Forderungen entstehen können. Dies war allerdings bestritten.

Für das Sächsische Recht läßt die Wissenschaft[1]) die §§ 442—444 Sächs. B.G.B., welche dem Eigentümer das Recht geben, die „freigewordene Pfandstelle anderweit zu begeben“, für die Kautionshypothek nicht zur Anwendung kommen.

Ebenso will Regelsberger (S. 287) die „Hypothekerneuerung“ des § 84 I Bayr. Hyp.-Ges. bei der Sicherheitshypothek nicht stattfinden lassen. Der Schuldner kann also „bei erloschener, aber nicht gelöschter Hypothek den Rang einem anderen nicht einräumen“. Denn, sagt Regelsberger, „eine Sicherheitshypothek ist eine geringere Last als eine gewöhnliche Hypothek; sie kann also nicht durch eine gewöhnliche ersetzt werden, aber auch nicht durch eine andere Sicherheitshypothek, weil das Maß der Ungewißheit bei beiden verschieden ist“. — Anders gestattet das Mecklenburgische Recht[2]) dem Eigentümer die Eintragung einer neuen Hypothek im vollen Belauf des Maximums.

Auch der Entwurf 1. Lesung des B.G.B. wollte das Anwendungsgebiet der Eigentümerhypothek (in derselben Richtung wie das Pr. E.E.G.) beschränken. Sie sollte nur durch Konfusion und Befriedigung entstehen. Ferner[3]) bestimmte § 1128, daß der Eigentümer die Sicherungshypothek nicht erwerben solle, wenn er zugleich persönlicher Schuldner sei; andernfalls sollte er Forderung und Hypothek erwerben, wenn er den Gläubiger befriedigte. Dies wäre juristisch unbedenklich, auch spräche die Billigkeit dafür. Diese Einschränkungen der Eigentümerhypothek sind jedoch in

---

[1]) Vgl. Heink, S. 26, 27; Siegmann, S. 126
[2]) Meibom, Mecklenburg. H.R. S. 268.
[3]) Motive S. 766.

der Kommission für die 2. Lesung abgelehnt worden. Das Anwendungsgebiet wurde so allgemein gestaltet, wie es jetzt das B.G.B. aufweist. Es wurden ferner auch eine Anzahl Anträge gestellt, welche die Anwendung der Grundsätze über die Hypothek des Eigentümers und des persönlichen Schuldners im Falle der Kautionshypothek näher regeln sollte. Denn in diesem Punkte ergäben sich „aus der Natur dieser Hypothek besondere Schwierigkeiten dann, wenn die gesicherte Forderung nur teilweise erlösche oder der Gläubiger zum Teil verzichte".[1]) Diese Anträge wurden aber unter grundsätzlicher Billigung des darin eingenommenen Standpunkts abgelehnt, weil man diese „Klarstellung der aus der Natur der Sache sich ergebenden Folgerungen der Wissenschaft und Rechtssprechung überlassen könne".

Mangels anderweitiger Vorschriften (vgl. § 1184 ff.) gelten nunmehr die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über das Eigentümerpfandrecht auch für die Höchstbetragshypothek; diese ist ja auch keine bedingte Belastung mehr, sondern belastet das Grundstück so schwer wie jede andere. Die Eigentümerhypothek tritt nach B.G.B. bei jedem Fehlen der Forderung — abgesehen von der Befriedigung „aus dem Grundstück" — und noch in einigen weiteren Fällen ein, und zwar im einzelnen:

1. wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt (§ 1163 I, 1),
2. wenn die Forderung erlischt (§ 1163 I, 2),
3. wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168, 1169),
4. wenn der Brief noch nicht übergeben ist (§ 1163 II),
5. wenn der unbekannte Gläubiger durch Urteil auf Grund Aufgebots ausgeschlossen ist (§ 1170).

In diesen Fällen erwirbt der Eigentümer die Hypothek ohne die Forderung und zwar gemäß § 1177 I als Eigentümergrundschuld. Haftet er jedoch nicht zugleich per-

[1]) Protokolle S. 686, 687, 690, 692.

sönlich, so erwirbt er die Hypothek mit der Forderung in folgenden weiteren Fällen:

6. wenn er den Gläubiger befriedigt (§ 1143, 1153),
7. wenn er den unbekannten Gläubiger ausschließen läßt und die Schuldsumme hinterlegt (§ 1171, 1143),
8. im Fall der Konfusion (i. e. S.) von Hypothek und Forderung mit dem Eigentum (§ 1177 II).

Von diesen Anwendungsfällen der Eigentümerhypothek scheidet der Fall zu 4. für die Höchstbetragshypothek aus, denn diese ist als Sicherungshypothek notwendig brieflos. Von den übrigen Fällen erfordern eine besondere Erörterung für die Höchstbetragshypothek nur die zu 1 und 2 genannten. Die übrigen regeln sich analog den für den Fall des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung für die Höchstbetragshypothek aufzufindenden Sondergrundsätzen. Andererseits sind noch einige Sonderfälle des Eigentümerpfandrechts bei dieser Hypothek zu erörtern, welche, nur für diese, aus den Bestimmungen des § 1190 II und IV B.G.B. und des § 868 Z.P.O. herzuleiten sind.

2. Die Nichtentstehung der Forderung.

§ 5.

Überblick.

Die Höchstbetragshypothek ist die spezifische Form der Sicherung von Forderungen, welche sich aus Kreditverträgen, Kontokurrentverhältnissen, überhaupt aus dauernder Geschäftsverbindung ergeben können. Sie wird daher häufig für künftige Forderungen bestellt. Für derartige Hypotheken ist die Auslegung des § 1163 I, 1 B.G.B. zu einer viel erörterten Streitfrage geworden.

„Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu."

Die Rechtslehre hat daraus für die Höchstbetragshypothek, deren Forderung noch nicht entstanden ist, vielfach die Folgerung gezogen: Also sind derartige Hypotheken von vornherein Eigentümergrundschulden. Von der

anderen Seite, insbesondere in der Praxis, wird diese Anschauung abgelehnt.

Um zur richtigen Stellungnahme zu gelangen, muß man zunächst die Fragestellung erweitern und grundsätzlich die richtige Auslegung des § 1163 I 1 für sonstige Hypotheken mit künftiger Forderung (§ 1113 II) zu finden suchen.[1]) Die spärliche Literatur zu dieser Vorfrage nach der Auslegung der §§ 1113 II, 1163 I 1 ist unklar, und zwar deshalb, weil gewöhnlich zwei Begriffe nicht voneinander abgegrenzt werden: die „Hypothek für künftige Forderung", d. h. Hypothek für eine Forderung, welche das Grundbuch selbst als künftig, bedingt oder befristet bezeichnet, und die „nicht valutierte Hypothek (im engeren Sinne)", d. h. Hypothek, deren Forderung das Grundbuch unrichtig als bereits bestehend bezeichnet. Diese Begriffe sind zu umgrenzen, denn beide Arten sind unterschiedlich zu behandeln. Sodann wird zu prüfen sein, ob diese Unterscheidung auch für die Höchstbetragshypothek zu treffen ist. Dann erst wird sich die Frage nach der Anwendung des § 1163 I 1 auch auf die Höchstbetragshypothek erschöpfend beantworten lassen.

§ 6.

Grundsätze.

Bei weitem die Mehrheit derjenigen, welche sich überhaupt mit der Auslegung des § 1163 I 1 für alle Hypotheken mit künftiger Forderung beschäftigt haben, erklären solche Hypotheken bis zur Entstehung der Forderung schlechthin für Eigentümergrundschulden.[2]) Man sucht

[1]) Diese grundsätzliche Auslegung des § 1113 II will auch Hirsch (Archiv für bürgerl. Recht Bd. 25) seiner Untersuchung über § 1163 I 1, 1190 B.G.B. zu Grunde legen. Er geht jedoch von einer m. E. unrichtigen Auffassung des § 1113 II aus.

[2]) Die meisten deuten die Frage nur an und halten die Antwort gar nicht für zweifelhaft. Gewöhnlich wird von den nachstehend Zitierten nur von der Höchstbetragshypothek gesprochen. Die wenigen, welche die grundsätzliche Frage ausdrücklich prüfen, sind unten im Text besonders genannt.

sogar das Reichsgericht für diese These in Anspruch zu nehmen. So einfach und folgerichtig der Gedanke der ursprünglichen Eigentümerhypothek zunächst scheinen mag, so ist er doch unrichtig. Aus dem Gesetz ist er nicht herzuleiten, auch seine Konsequenzen sind unhaltbar.

I. Hätte das Gesetz so verstanden sein wollen, wie es die Theorie überwiegend auslegt, nämlich: „solange und soweit die Forderung noch nicht besteht", so hätte es sich bei seiner sonstigen terminologischen Konsequenz auch so ausgedrückt. Wenn das Gesetz als Voraussetzung einer Rechtsfolge nicht eine reine Bedingung statuiert, sondern nur eine Modifikation einer Rechtsfolge aussprechen will, so braucht es nicht den reinen Bedingungssatz („wenn" die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist = „ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt").[1]) Der Entwurf I[2]) enthielt eine dem § 1163 I 1 entsprechende Bestimmung überhaupt nicht. Er ließ die Hypothek bei nicht entstandener Forderung erlöschen. Erst bei den Verhandlungen der II. Kommission wurden[3]) mehrere Anträge gestellt, welche die entsprechende Bestimmung einführen wollten. Von diesen sprachen zwei vom „Nichtbestehen" der Forderung, die anderen beiden davon, daß sie „nicht zur Entstehung gelangt" bezw. „gelangt ist". Die Kommission schloß sich den Anträgen an. Im Entwurf II erscheint sodann die Fassung des § 1163 I 1 als § 1070 1, wörtlich dem letzteren Antrage[4]) entsprechend. Ob die Kommission nun bewußt diese Ausdrucksweise gewählt hat, um damit etwas anderes zu sagen als in den anderen Anträgen offenbar enthalten ist — aus der Redaktionskommission scheint die Fassung nicht zu stammen — geht aus den Materialien nicht hervor. Jedenfalls weist der jetzige Wortlaut nicht auf einen Zustand während eines gewissen Zeitraums hin, nämlich nicht den Zustand des

[1]) Vgl. §§ 103, 161, 166, 169, 2008, 1943, 1953.
[2]) Der die E.H. genau wie das Preuß. R. beschränkte.
[3]) Protokolle S. 591 ff.
[4]) Protokolle S. 596 5 b.

„noch nicht Bestehens“ der Forderung, sondern er enthält eine reine Bedingung (condicio iuris) bezw. deutet auf einen bestimmten Zeitpunkt der Vollendung eines vergangenen Zustandes; dies ergibt das Perfektum „ist gelangt“. Der fragliche Zeitpunkt ist derjenige, in welchem die Möglichkeit künftigen Entstehens der Forderung aufhört. Ist darnach § 1163 I 1 enger auszulegen, so ergibt sich als Voraussetzung der Eigentümerhypothek für künftige Forderungen, daß feststeht: die Bedingung ist ausgefallen, der dies tritt nicht ein, die Forderung kann nicht mehr entstehen. — Die gegnerische Auffassung,[1]) welche liest: „solange eine Forderung noch nicht besteht“, befindet sich also mit einer grammatischen Auslegung des Gesetzes im Widerspruch.[2])

Es ist auch darauf, daß § 1163 I 1 ausspricht, die Hypothek „steht“ dem Eigentümer „zu“, während Satz 2 sagt, daß er die Hypothek „erwirbt“, wenn die Forderung erlischt, nicht etwa die (von Ahsbahs so genannte) „Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek zu bauen. Denn gegenüber den beiden Perfektis im Obersatz kann der

[1]) Vgl. Planck, Kommentar Bd. III S. 638 [3c]; Staudinger, Kommentar Bd. III S. 573 b γ, S. 708 II [1a]; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 665, 662, 656; derselbe in Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 330, Bd. 50 S. 581; im „Recht“ 1906 S. 423; Güthe, im Kommentar zur G.B.O. S. 363 und XXIII; derselbe in Zeitschr. d. Deutsch. Notarvereins 1906 S. 729; 1907 S. 92; auch in D.J.Ztg. 1908 S. 933 ff.; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I S. 525 [4a]; Endemann, Lehrb. d. b. R. Bd. III S. 742, vgl. aber auch S. 108 [11]; Kretzschmar, Sachenrecht zu § 1163 I; Müller-Meikel, d. b. R. Bd. I S. 855; Gierke, Deutsch. Pr. R. Bd. II S. 908; Bruck, Die Eigent.-Hyp. in Fischers Abhandlungen 1903 S. 175; Ahsbahs in Iherings Jahrb. Bd. 50 [395]; Hirsch in Archiv f. b. R. Bd. 25 S. 235; Herold in Zentralblatt f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 4 S. 695 ff., Bd. 8 S. 217 ff., 345 ff.; Böhm im „Recht“ 1901 S. 194; v. Henle im „Recht“ 1906 S. 69; Friedländer in Blätter für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 513; Du Chesne, D. J. Ztg. 1905, S. 804; Braun, S. 23; anscheinend auch Kindel, (Festgabe für Koch) S. 104 b.

[2]) So auch Ahsbahs selbst a. a. O. S. 395, 396; Cohn, S. 22; Lange, Die Eigentümerhyp. nach d. B.G.B., Diss. Tüb. 1901 S. 41 Settegast, S. 25.

Ausdruck „steht zu“ nur auf den bereits eingetretenen Moment der Beendigung des Schwebezustandes hindeuten.[1]) Der Ausdruck „erwirbt“ deutet in Satz 2 auf einen anderen Eigentümer, als der Ausdruck „steht zu“ in Satz 1. Nur dieses ist vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 15. 6. 1903 (Bd. 55 S. 217 ff.) ausgesprochen. Das Reichsgericht vertritt hier durchaus nicht die ursprüngliche Eigentümerhypothek, sondern spricht wegen des verschiedenen Wortlauts („steht zu“, „erwirbt“) die Hypothek nach Satz 1 dem Besteller, nach Satz 2 dem zahlenden Eigentümer zu. Mit Unrecht wird es wegen dieser Entscheidung, die sonst eine Inkonsequenz gegen zahlreiche andere Entscheidungen enthalten würde, von Güthe[2]) für die hier bekämpfte Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek in Anspruch genommen.

Aus dem Wortlaut des § 1163 I 1 ergibt sich also, daß die Hypothek für künftige Forderung nicht schon von der Eintragung an stets Eigentümerhypothek ist. Wem steht sie dann aber während der Schwebezeit zu? Die Antwort kann nur lauten: dem Gläubiger. Vor dieser aus §§ 1163 I 1, 1113 II sich ergebenden Konsequenz schreckt die überwiegende Mehrheit der Autoren zurück. Warum? Die einen deshalb, weil sie dem alten Dogma von der akzessorischen Natur der Hypothek nicht abschwören können, die anderen, welche es abgestreift haben, deshalb weil sie ein anderes „Credo“ gefunden haben, nämlich die jeweils für richtig gehaltene Konstruktion der Eigentümerhypothek.

Diese beiden Ausgangspunkte sind abzulehnen. — Die angebliche akzessorische Natur der Hypothek kann die Frage nicht entscheiden. Das B.G.B. hat das Band zwischen Hypothek und Forderung in zahlreichen Punkten gelockert, wie es die Grundschuld gänzlich von ihr gelöst hat. Es

---

[1]) Die Protokolle (S. 604) sprechen übrigens auch vom „Erwerb“ der Hypothek bei nicht entstandener Forderung.

[2]) Zeitschr. d. D. Not.-V. 1907 S. 93.

soll hier[1]) nur verwiesen werden auf die Möglichkeit der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld, das Fortbestehen der Hypothek bei nicht vorhandener oder verjährter Forderung, die verschiedene Kündigung für Forderung und Hypothek. Es scheint mir deshalb nicht fruchtbringend, darüber zu streiten, ob die Hypothek des B.G.B. noch wesentlich akzessorisch ist oder nicht. Für mich lassen sich jedenfalls aus der angeblich akzessorischen Natur der Hypothek überzeugende Bedenken gegen die Möglichkeit einer Gläubigerhypothek für künftige Forderung nicht herleiten. Dazu ist das akzessorische Prinzip doch bereits zu sehr durchlöchert.

Ahsbahs, Herold, Endemann und Hirsch dagegen führen dieses Prinzip als Argument gegen die sofortige Gläubigerhypothek ins Feld. Für Hirsch ist sogar die Eigentümerhypothek[2]) bei künftiger Forderung ein „Vacuum" im Grundbuch. Er sucht vergeblich — man gestatte das Bild — nach einem Ritter, der sich hineinstürzte, um den Schlund, den die akzessorische Natur der Hypothek geschaffen, zu schließen, und findet dazu nur die Anwartschaft des Eigentümers auf die Hypothek bei Ausfall der Forderung. Sie füllt ihm das Vacuum aus. Die akzessorische Natur ist so gerettet. So kommt er zu der Theorie der „vorläufigen Eigentümerhypothek", die sich von der endgültigen dadurch unterscheide, daß der Eigentümer-Hypothekar keine Surrogationsbefugnis in der Zwangsversteigerung, keinen Zinsanspruch in der Zwangsverwaltung habe. Diese vorläufige Eigentümerhypothek ist in der Tat nur Theorie; im Gesetz sind Eigentümerhypotheken ohne die genannten Befugnisse nicht zu finden. So spricht auch Endemann seiner „transitorischen Eigentümerhypothek"[3]) volle Wirksamkeit zu. Hirsch gesteht selbst bei Erwägung

---

[1]) Vgl. dazu Biermann, Sachenrecht S. 300.

[2]) S. 237. — Obwohl sie unter Grundschuldrecht stehen müßte! § 1177 B.G.B.

[3]) bei der Höchstbetragshypothek, a. a. O. S. 880. — Oberneck spricht im „Recht" 1906 S. 423 von einer „beschränkten" Eig.-Hyp.

der Konsequenzen, vor einem „ganz eigenartigen Phänomen“ zu stehen. In Wahrheit ist seine vorläufige Eigentümerhypothek noch gar keine Eigentümerhypothek. Ein Vacuum ist gar nicht vorhanden, die künftige Forderung des Gläubigers füllt es aus. Das Gesetz, § 1113 II, hält diese für ausreichend, als Forderung zu dienen. Treffend sagt Biermann in Übereinstimmung mit den Protokollen:[1]) Daß die Forderung nur noch die Bedeutung der Legitimation des dinglich Berechtigten hat. Diesem Beruf zu dienen ist auch die künftige Forderung geeignet, sie weist auf den eingetragenen Gläubiger hin. Daß dieser zunächst nur eine Anwartschaft hat, steht nicht im Wege. Diese Anwartschaft ist jedenfalls das Primäre gegenüber der des Eigentümers, sie wirkt nicht nur als Beschränkung dieser letzteren.

Auch die jeweilige Konstruktion der Eigentümerhypothek ist meines Erachtens nur zum Nachteil für eine unbefangene Beantwortung der hier gestellten Frage herangezogen worden. Aus den positiven Gesetzesbestimmungen über die Eigentümerhypothek läßt sich[2]) m. E. soviel herleiten, daß für die hier zu beantwortende Frage, wem die Hypothek für künftige Forderung zusteht, und wie sie rechtlich zu behandeln ist, keine Zweifel bleiben. Durch die zahlreichen z. T. komplizierten zur Ausfüllung einer angeblichen Lücke gemachten Konstruktionsversuche an einer „beschränkten“, „ursprünglichen“, „vorläufigen“, „transitorischen“, „latenten“ Eigentümerhypothek und dem „gebundenen Eigentum“ ist vielmehr die Beantwortung der Frage eher erschwert als erleichtert oder gar ermöglicht worden.

---

[1]) Biermann, S. 300; Protokolle, S. 569, 623; ferner dazu: Hachenburg, Beiträge S. 31; Predari, G.B.O. S. 109. — Planck a. a. O. und Fuchs S. 391 schließen aus dieser Äußerung der Protokolle das Gegenteil. — v. Schwind (Fischers Abhandlungen 1899 S. 111) nennt sie „dunkel und fast mystisch“.

[2]) Trotz Obernecks Widerspruch (S. 652).

Für die Willkür, mit der die Verfechter der ursprünglichen Eigentümerhypothek zur Begründung Rechtsgebilde konstruieren, welche man im Gesetz selbst zwischen den Zeilen vergeblich sucht, sind die Konstruktionen Herolds im 4. und 8. Band des Zentralblatts charakteristisch. Trotz ausdrücklicher Verwahrung schwebt er durchaus über dem Gesetz. Er findet im B.G.B. zwei Unterarten der Eigentümerhypothek. Sie sollen wesentlich verschiedene Arten sein. Die eine, „stärker ausgebildete", „außerhalb der Gläubigerhypothek stehende" soll in § 1113 II normiert sein, die andere, „latente", „innerhalb der Gläubigerhypothek stehende", im § 1163 I.[1]) — Ich kann in § 1113 II, d. h. für Hypotheken, deren Bucheintrag eine künftige Forderung aufweist, keinen Anhaltspunkt dafür finden, daß sie eine besondere Art der Eigentümerhypothek darstellen, auf welche „§ 1163 I nicht angewendet zu werden braucht und kann" und welche gar einen „weiteren Inhalt" haben soll als die gewöhnliche Hypothek. Es handelt sich um eine bloße petitio principii. Für mich steht jede Eigentümerhypothek „außerhalb der Gläubigerhypothek", selbst wenn das Grundbuch noch unrichtig den Gläubiger als Berechtigten aufführt. In diesem Sinne ist jede Art der Eigentümerhypothek, mag sie aus § 1163 I Satz 1 oder 2 hervorgehen, bis zur Buchberichtigung „latent", wenn sie entstanden ist, aber auch erst dann! d. h. im Fall des § 1113 II von der tatsächlichen Beendigung des Schwebezustandes an. Bei ungezwungener Auslegung des § 1113 II, besonders bei Berücksichtigung des unmittelbaren Zusammenhanges mit Absatz I, welcher doch offenbar von der Gläubigerhypothek spricht, findet man sicher in Absatz II eher eine Gläubigerhypothek als eine Eigentümerhypothek normiert. Vollends gar, wenn nach Herold § 1163 I für diese Bestimmung ausgeschaltet werden soll! § 1163 I 1 ist ja hier gerade die einzige Quelle der Eigentümer-

[1]) Mit Recht aber weist Herold auf den Unterschied zwischen „Hypothek für künftige Forderung" und „nicht valutierter Hypothek" hin. — Vgl. S. 19 Anm. 1.

hypothek. Herold sieht in den Hypotheken des § 1113 II Gebilde mit „Doppelnatur", nämlich „eine gleich ihrer Forderung bedingte oder befristete eigentliche (Gläubiger)-hypothek, neben dieser aber und mit ihr vereint nach außen hin fest abgegrenzt eine gleichfalls aber entgegengesetzte bedingte oder befristete Eigentümergrundschuld". Diese angebliche Doppelnatur scheint ähnliches besagen zu sollen wie die häufig in der Literatur geäußerte Idee, daß jede Hypothekeneintragung gleichzeitig eine „latente Eigentümergrundschuld" erzeuge. Dies ist falsch, wenn man unter „latent" etwas anderes als „künftig" versteht. Eine latente, d. h. nach außen nicht erkennbare Eigentümergrundschuld entsteht, wie gesagt, erst, wenn die Voraussetzungen der Eigentümerhypothek (§ 1163, 1168 usw.) eingetreten, das Grundbuch aber noch nicht berichtigt ist. In einem anderen Sinne „latente" Hypotheken sind Phantasiegebilde.

Die Idee der mit jeder Hypothekeneintragung entstehenden „latenten" Eigentümerhypothek wird auch nicht dadurch sakrosankt, daß auch die II. Kommission von ihr gesprochen hat.[1]) Ich sehe im Gegenteil mit Horn[2]) darin nur einen Beweis für die noch sehr unklare Vorstellung der II. Kommission über die Eigentümerhypothek.[3])

Der Heroldsche Gedanke, daß die Eigentümer- bezw. Gläubigerhypothek des § 1113 II „bedingt" durch das Entstehen der Forderung ist, tritt in der Rechtslehre häufig hervor. Die einen erklären beide für bedingt, die anderen nur die Eigentümerhypothek.[4]) Wie

[1]) Protokolle S. 603. [2]) Horn, a. a. O. S. 102.

[3]) Vgl. gegen die „latente E.H."; ferner: Iwand, D. J. Ztg. 1902 S. 221; v. Henle, Recht 1906 S. 69; K.G. (9. 3. 03) R.O.L.G. 7[9]; Hachenburg, Beitr. 25; K.G. (17. 6. 01) in J.K.G. 22 S. 163; Planck, S. 639: „nur eine H. entsteht". — Anders: Fuchs, S. 621, 11; Jäckel, Zentr.-Bl. 4, 281; Lange, S. 48; Braun, S. 22.

[4]) Vgl. Bruck, S. 239; Predari, S. 305; Kindel, S. 104; Güthe, S. 363; Braun, S. 28; Oberneck, S. 663; Endemann, S. 744, 729b; Friedländer in Blätter für Rechtsanwendung 69 S. 516; Herold, Zentr.-Bl. 8 S. 345; auch das K.G. in der (vom R.G. gemißbilligten) Entscheidung vom 16. 2. 05 in R.J.A. 5 S. 270; vgl. R.G. 61 S. 374.

Hirsch[1]) jedoch selbst richtig hervorhebt, kann das Nichtentstehen der Forderung nicht als Bedingung der Eigentümerhypothek aufgefaßt werden, denn die Bedingung ist die gewollte Voraussetzung einer Rechtsfolge. Vielmehr tritt die Eigentümerhypothek ex lege ein, wenn die Voraussetzungen durch rechtsgeschäftliche Akte der Parteien geschaffen sind. Daß der Eigentümer nicht unter der Bedingung über das Grundstück verfügt, daß er bei Nichtentstehen der Forderung die Hypothek erwerbe, ist klar — man denke an die geschäftlich nicht unterrichteten kleinen Grundbesitzer! Entsprechendes gilt aber auch auf der Aktivseite, nicht, wie Ahsbahs[2]) will, nur auf der Passivseite. Selbst in der Bestellung einer Sicherungshypothek liegt nicht etwa ohne weiteres die Bedingung: Gläubiger wirst Du aber erst, wenn Du die Forderung erwirbst![3])

---

[1]) Hirsch, a. a. O. S. 240.

[2]) Ahsbahs, a. a. O. S. 387, 98, 84, 86. Die von ihm angeführte vis attrativa der Hypothekbestellung gegenüber den nahestehenden Gesetzesbestimmungen scheint mir allzu magnetisch! Selbst wenn im einzelnen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen, z. B. die der Entstehung der Forderung den Parteien bekannt und auch von ihnen gewollt sind — dies ist möglich — so verlangt das Gesetz doch noch Erklärung des übereinstimmenden Willens, hier § 29 G.B.O. sogar in öffentlicher Form. — Hieran scheitert der Versuch, den Ahsbahs (S. 384) macht, die These, daß Hypotheken für künftige Forderung begrifflich „bedingte" seien, mit dem Gesetz in Einklang zu bringen.

[3]) Ahsbahs geht soweit (S. 384), den Unterschied zwischen bedingter Hypothek und Hypothek für bedingte Forderung zu leugnen, weil die Rechtsstellung des Hypothekars in beiden Fällen die gleiche wäre. — Deshalb ist doch rechtlich der Unterschied nicht zu bestreiten! Er zeigt sich vielmehr deutlich beim Ausfall der Bedingung: bei bedingter Hypothek rücken die Nachhypothekare auf, denn das dingliche Recht ist ausgefallen; bei bedingter Forderung erwirbt der Eigentümer die Hypothek. (So entscheidet die große Mehrzahl der Kommentatoren des § 1113.) Ich finde aber auch Unterschiede, die den Gläubiger berühren: Gerät er in Konkurs und tritt die Bedingung nachher ein, so gehört die unbedingte Hypothek für bedingte Forderung zur Masse, war dagegen auch die Hypothek bedingt, so ist sie Neu-

Es handelt sich vielmehr um condiciones iuris.

Güthe endlich kommt von seiner die Eigentümerhypothek als „Eigentum", nicht als Hypothek, auffassenden Konstruktion aus gleichfalls zur Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek. Die Eigentümerhypothek ist ihm (mit Oberneck) das „Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle". Ein Unterschied zwischen künftiger und gegenwärtiger Eigentümerhypothek existiert nicht für ihn, beide sind ihm: ein „unbedingtes unbefristetes dingliches Recht".[1]) Seine Anschauung fällt jedoch mit seiner Konstruktion der Eigentümerhypothek. Denn diese ist in Wahrheit nicht Eigentum, sondern Grundschuld, sie untersteht nicht den Vorschriften über das Eigentum, sondern denen der Grundschuld, § 1177.

II. Die Auffassung, welche im Widerspruch zu der überwiegenden Stimmenzahl der Wissenschaft die ursprüngliche Gläubigerhypothek auch für künftige Forderungen annimmt, ist trotzdem als die herrschende zu bezeichnen, weil die Rechtssprechung auf dem Boden der ursprünglichen Gläubigerhypothek steht. Nur spärlich sind die Stimmen, welche die Ansicht der Praxis in der Wissenschaft verteidigen, und von diesen wenigen wird die Frage auch nur kurz berührt. Für die Höchstbetragshypothek wird allerdings auch in der Rechtslehre überwiegend die sofortige Gläubigerhypothek angenommen und zum Teil ausführlich behandelt. Dagegen wird von diesen Autoren die Frage bei anderen Hypotheken für künftige Forderungen meist übergangen, so daß es scheint, als wollte man nur der Höchstbetragshypothek eine Ausnahmebehandlung zu

---

erwerb des Kridars. — A.A. ist mit Ahsbahs auch Du Chesne in Z. d. D. Not.-V. 1905, S. 397. Er geht von der unrichtigen Hypothese aus, daß dingliche Rechte keine Bedingung vertragen. Wäre dies richtig, dann hätte das B.G.B. dies aber sicher hervorgehoben und vor allem nicht die betreffenden Rechtssätze (§ 158 ff.) in den „Allgemeinen Teil" gebracht!

[1]) Vgl. Güthe in Z. d. D. Not.-V. 1906 S. 740; ferner a. a. O. 1907 S. 92; aber auch D. J. Z. 1908 S. 933, 34.

teil werden lassen. Auch die einschlägige Judikatur beschäftigt sich zum größten Teil nur mit der Höchstbetragshypothek. Bei dieser wird allerdings die Streitfrage, wem die Hypothek für künftige Forderung bis zur Beendigung des Schwebezustandes zusteht, am häufigsten praktisch. Denn die Verkehrshypothek wird nicht so häufig für ausdrücklich künftige Forderung bestellt. Auch die schlichte Sicherungshypothek wird nicht so praktisch wie die Höchstbetragshypothek.

Aber — hier stehe ich auf dem Standpunkt von Hirsch[1]) — es ist innerlich durchaus unbegründet, die Höchstbetragshypothek in dieser Frage grundsätzlich anders zu behandeln, als jede andere Hypothek für künftige Forderung. Hierfür fehlt jede gesetzliche Grundlage.

Aber Hirsch irrt,[2]) wenn er behauptet, daß die Judikatur, anders als bei der Höchstbetragshypothek, die Verkehrs- und die feste Sicherungshypothek für künftige Forderung sofort dem Eigentümer zuspreche. Die von Hirsch[3]) zitierte Entscheidung vom 28. 2. 02 (R.G. 51 ^{43} ff.) vertritt keineswegs die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek, das R.G. sagt hier vielmehr nur ganz zutreffend, daß der Gläubiger bis zur Entstehung der Forderung kein „materielles Hypothekenrecht" hat. Er kann in der Versteigerung nicht liquidieren, mit der Verteilung des Erlöses muß die Möglichkeit künftiger Entstehung der Forderung abschließen, der Eigentümer wird keinen Kredit mehr genießen. Dann kommt der Eigentümer zur Hebung, denn nun entsteht die Eigentümergrundschuld. Nur dieses Recht der Befriedigung aus dem Pfandgrundstück will das R.G. unter dem „materiellen Hypothekenrecht" verstanden wissen, wie es ausdrücklich erklärt. Dagegen hat der Gläubiger selbstverständlich schon während der Pendenz andere hypothekarische Befugnisse, so die aus §§ 1133—1135 bei

[1]) Hirsch, S. 236.

[2]) Auch Planck, S. 638 ^{3c} und Braun, S. 27.

[3]) Hirsch, S. 235; auch Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 582.

Gefährdung der Hypothek durch Verschlechterung des Grundstücks, d. h. unter Umständen bei befristeten Forderungen — man wird andere künftige hier ausnehmen müssen — sogar gemäß § 1133 eine actio hypothecaria. Die betreffenden Hypothekare würden sich für die angeblich so verkehrsfreundliche Idee der ursprünglichen Eigentümerhypothek sicherlich auch bedanken, wenn sie sich nicht gegen Verschlechterung des Grundstücks wehren dürften, weil nicht sie, sondern der Eigentümer der „Gläubiger" sei. — Weiterhin nimmt Güthe[1]) das R.G. wegen seiner Entscheidung vom 15. 6. 03 (Bd. 55 S. 217) für die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek in Anspruch, gleichfalls mit Unrecht.[2]) Ausdrücklicher als hier konnte das R.G. diese Theorie vielmehr gar nicht ablehnen. Es handelt sich dort um eine Höchstbetragshypothek und zwar um die Frage, welcher Eigentümer im Falle eines Wechsels die Hypothek erhält. Das R.G. sagt hier: „Die festgestellte Tatsache selbst, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, muß entscheidend sein, und dies führt zunächst auf die Zeit der Begründung zurück." Entscheidend für die Zuweisung der Hypothek an den Eigentümer ist also darnach „die festgestellte Tatsache", nämlich die Beendigung der Pendenz. Trotz der erst später erfolgten Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Eigentümerhypothek entsteht, meint das R.G., soll doch der Besteller, nicht der betreffende spätere Eigentümer der Eigentümerhypothekar sein.[3])

Endlich führt Endemann (S. 742) noch drei andere Entscheidungen an, in denen das R.G. (Bd. 48[48], 51[398], Gruch. 47[672]) — im Widerspruch mit seiner Stellungnahme bei der

[1]) Z. d. D. Not.-V. 1907 S. 93.

[2]) Vgl. über die Auslegung dieser Entscheidung die Polemik zwischen Kretzschmar und Jäckel im Zentr.-Bl. 4 S. 195, 203, ferner Ahsbahs in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 377.

[3]) Auch Ahsbahs, S. 377, 395[3] gibt zu, diese beiden Entscheidungen nicht für die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek verwerten zu können.

Höchstbetragshypothek — andere nicht valutierte Hypotheken dem Eigentümer zugesprochen hat. Dies ist in der Tat richtig. Aber es handelt sich dort nicht um Hypotheken für künftige Forderungen, sondern um solche, deren Forderung nach dem Bucheintrag schon vorhanden ist, die aber in Wahrheit nicht valutiert worden sind.[1]) Diese „nicht valutierten Hypotheken" im engeren Sinne sind nicht „Hypotheken für künftige Forderungen", wenigstens nicht nach dem Grundbuch. Sie müssen sofort mit der Eintragung dem Besteller zugesprochen werden. Das Grundbuch ist unrichtig. (S. u.) — Die Bemühungen der Gegner, die Praxis für sich in Anspruch zu nehmen, erweisen sich also als hinfällig. Die Praxis hat im Gegenteil — abgesehen von den zahlreichen Entscheidungen höherer Gerichte, in denen die ursprüngliche Gläubigerhypothek bei der Höchstbetragshypothek angenommen wird, — auch bei anderen Hypotheken des § 1113 II diese letztere Auffassung ausgesprochen. Die Fälle sind allerdings bei diesen Hypotheken, wie oben schon gezeigt, nicht ganz so häufig. So sagt das R.G. im Urteil vom 2. 3. 1901 (Bd. 48 [55]): „Wenn endgültig feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so »verwandelt« sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld." Denselben Standpunkt vertritt das K.G. in einem Beschluß vom 2. 2. 03 (J.K.G. 26 A. 161) unter Berufung auf die eben erwähnte Entscheidung des R.G. Es bezeichnet hier ferner das Recht des Eigentümers während der Pendenz als „künftiges Recht an der Hypothek". Das K.G. geht hier m. E. sogar zu weit, es spricht anscheinend ungenau jede Hypothek, soweit sie nicht valutiert ist, also nicht nur diejenige für künftige Forderung, zunächst dem Eigentümer ab; die Hypothek sei „nicht schon von Anfang an mit dem Eigentum vereinigt".[2])

---

[1]) Dasselbe gilt von der bei Planck, S. 638 [3c] angeführten Entscheidungen des R.G. bei Seuff. A. 60 No. 151.

[2]) Vgl. unten S. 30. — Ähnlich auch die Entscheidungen des K.G. vom 17. 6. 01 (J.K.G. 22, S. 163).

In der Literatur lehren nur Dernburg, Predari, Leonhard, Horn und Cohn, daß die Hypothek für künftige Forderung nicht sofort Eigentümerhypothek ist. Neumann und Lange sind gleichfalls so zu verstehen, aber scheinbar nicht frei von Widersprüchen.[1])

Von den Genannten wird die Frage jedoch nur kurz berührt, auch sprechen sie die Hypothek nicht ausdrücklich während der Pendenz dem Gläubiger zu. Vielmehr wird nur gesagt, daß über die Person des Berechtigten Ungewißheit herrsche.[2]) Lange versteigt sich sogar zu der Behauptung, während der Schwebezeit bestände „noch gar nichts". Predari laufen auch Widersprüche unter (vgl. S. 305, dagegen S. 426, 250, 303). Horn endlich will Hypotheken für im engeren Sinne künftige Forderungen anders behandeln und sie, im Gegensatz zu denjenigen für bedingte Forderungen, sofort dem Eigentümer zusprechen. Er beruft sich auf den begrifflichen Unterschied zwischen künftigen und bedingten Forderungen, auf die bei bedingten bereits bestehende, bei künftigen noch fehlende Anwartschaft. Hierin kann aber ein Kriterium für verschiedene Behandlung beider Arten nicht gefunden werden (§ 1113 II), denn ihre „Entstehung" ist in beiden Fällen gleich ungewiß.[3]) Auch Leonhard und Lange[4]) sprechen nur von „bedingten Forderungen", anscheinend jedoch ohne besondere Betonung. Neumann schließlich, welcher (ähnlich wie oben das K.G.) die „Vereinigung" der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person (§ 1177 I) erst nach Beendigung der Schwebezeit eintreten läßt, ist nicht konsequent, wenn er dies damit begründet, daß „die zur »Vereinigung« begrifflich erforderlich gewesene

---

[1]) Dernburg, Bd 3 S. 617; Predari, S. 426 oben; Horn, S. 82; Leonhard bei Eck, II S. 297; Lange, S. 41; Neumann, S. 814 [5]; Cohn, S. 22, 35, 61.

[2]) z. B. Predari, S. 426; Neumann, a. a. O.; Horn, a. a. O.; Dernburg, S. 648.

[3]) So auch Güthe, Z. d. D. Not.-V. 1907 S. 92 [1].

[4]) Nicht ganz klar ist, ob Lange (S. 48) inkonsequent wieder die ursprüngliche Eigentümerhypothek annimmt.

Trennung der Hypothek vom Eigentum materiell noch gar nicht vorgelegen habe". Es scheint fast, als ob er die Hypothek während der Pendenz dem Eigentümer zuspricht, ohne sie als „vereinigt" anzusehen.[1]) Es soll eine Hypothek, nicht eine Grundschuld vorliegen. Als ob Hypothek und Eigentum in einer Hand sein könnten, ohne als „vereinigt" im Sinne des § 1177 I zu gelten![2]) Die Vereinigung umfaßt vielmehr auch den Fall des § 1163 I 1, wie mit Recht das K.G. in der erwähnten Entscheidung sagt. —

III. Die vielfach behauptete Ungewißheit über die Person des Berechtigten während der Pendenz bedarf noch der Untersuchung:[3]) Subjektiv wird unter den Beteiligten häufig ungewiß sein, ob die Hypothek dem Eigentümer oder dem Gläubiger zusteht. Selbst wenn tatsächlich die künftige Entstehung der Forderung schon unmöglich ist, wird dies unter den Parteien oft noch nicht feststehen, z. B. wenn Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Darlehnsvertrages oder dergl. bestehen. Objektiv steht die Hypothek aber stets einer bestimmten Person zu. Selbst während des Schwebezustandes herrscht objektiv keine Ungewißheit, denn dinglich berechtigt ist der eingetragene Gläubiger, obwohl er kein materielles Hypothekenrecht hat, d. h. der Abweisung seiner actio hypothecaria ausgesetzt ist, geradeso wie derjenige Hypothekar, welcher eine gewöhnliche Hypothek zu spät kündigte oder vor Fälligkeit klagt. Nach der Pendenz aber ist einziger Berechtigter der Eigentümer. — Das Recht des eingetragenen Berechtigten ist schon vor Entstehung

---

[1]) Ähnlich z. B. Willenbücher, S. 210. Auch das R.G. (Bd. 48 S. 55) scheint in der Entscheidung vom 2. 3. 01 dasselbe sagen zu wollen, wenn es sich auf § 1177 [1] beruft.

[2]) Ein circulus vitiosus: Die Hypothek ist während der Pendenz noch nicht mit dem Eigentum vereinigt, weil sie noch mit ihm vereinigt ist!

[3]) Ahsbahs a. a. O. faßt alle diejenigen, welche sich nicht für einen bestimmten Berechtigten entscheiden, als Vertreter der „Theorie der hypothekarischen Anwartschaft" zusammen.

der Forderung ein wirkliches Gläubigerrecht,[1]) keine bedingte Gläubigerhypothek, keine bloße hypothekarische Anwartschaft, sondern gegenwärtige Gläubigerhypothek für noch nicht vollendete Forderung (§ 1113 II). Der Gläubiger hat die Rechte aus §§ 1133—1135, also unter Umständen sogar eine actio hypothecaria. Er kann die Hypothek abtreten, verpfänden, seine Gläubiger können sie pfänden. Die Rechtsänderungen sind eintragsbedürftig aber auch eintragsfähig, § 40 I G.B.O. ist erfüllt. Selbstverständlich erwirbt der Dritte nicht mehr Rechte, als der Gläubiger hat, auch nicht bei der Verkehrshypothek, denn der Eintrag der künftigen Forderung begründet auch nur die Vermutung einer solchen. Objektiv ungewiß ist während der Pendenz nur allein das eine: Ob der Eigentümer die Hypothek jemals erwerben wird.

So zeigt sich auch, was das Wesen der „eventuellen Eigentümerhypothek" ist. Ist sie ein Recht? Das R.G.[2]) läßt die Frage dahingestellt. Offenbar ein künftiges Recht, kein bedingtes; selbstverständlich kein persönliches,[3]) gegen wen sollte es sich auch richten? Vielmehr ein künftiges dingliches Recht am Grundstück, eine künftige Grundschuld.

Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, daß der Zeitpunkt, in welchem die Eigentümerhypothek entsteht, nicht

---

[1]) Dasselbe meint offenbar Dernburg, Sachenrecht § 208: Er führt aus, daß auch der forderungslosen Eigentümergrundschuld eine künftig gedachte Pfandschuld zu Grunde liegt. Eine solche gegenwärtige Belastung für eventuelles Leistensollen sei nichts Befremdendes. „Sie findet sich z. B. auch bei einer Hypothek für künftige Forderung."

[2]) R.G. 61, 374. Es unterstellt diese Auffassung aber als richtig.

[3]) Vgl. dazu Du Chesne, D. J. Z. 1905. Unhaltbar: K.G. (16. 2. 05) in R.J.A. 5, 270. — Oberneck bezeichnet sie (ähnlich auch Güthe) entsprechend seiner Konstruktion der E.H. als „Teil des Eigentumsinhalts" (Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 591). Diese Konstruktion scheitert an der positiven Gesetzesbestimmung, daß eine Grundschuld vorliegt. Die E.H. müßte sonst bei der Auflassung ipso iure mitübergehen.

die äußerliche Feststellung der Parteien ist, daß die Forderung nicht mehr entstehen kann. Denn diese ist etwas mehr oder weniger zufälliges, nur deklaratorisch, vielmehr ist maßgebend allein die festgestellte innere Tatsache,[1]) der Ausfall der Bedingung.

Ist der Besteller der Hypothek in diesem Augenblick nicht mehr Eigentümer, so entsteht die Frage, welcher Eigentümer die Hypothek erwirbt. Es herrscht nahezu Einstimmigkeit darüber, daß nur der Eigentümer zur Zeit der Eintragung in Betracht kommt.[2]) Daß derjenige zur Zeit der Feststellung nicht in Frage kommt, ergibt sich schon aus dem Gesagten.[3]) Es ist auch durchaus keine Inkonsequenz, trotz Ablehnung der sofortigen Eigentümerhypothek die Eigentümerhypothek dem Besteller zuzusprechen.[4]) Die festgestellte Tatsache des Nichtmehrentstehens der Forderung führt in der Tat nicht nur auf diesen Moment, von dem an die Forderung nicht mehr entsteht, sondern auch — das R.G. sagt sogar „zunächst“[5]) — auf den Eigentümer zur Zeit der Begründung zurück; auch für ihn ist die Forderung jetzt nicht zur Entstehung gelangt. Es sind also nicht nur Zweckmäßigkeitsgründe, die die herrschende Meinung veranlassen, die Hypothek diesem Eigentümer zuzusprechen, welchem sie bei der Veräußerung des Grundstücks von dem erhaltenen Kaufpreise abgezogen wurde; vielmehr steht diese Regelung auch mit dem Gesetze und dem hier vertretenen Grundsatze durchaus in Einklang. Es ist nicht richtig, daß immer derjenige Eigentümer der Erwerber ist, der das Grundstück bei Entstehung der Eigentümerhypothek gerade in der

[1]) R.G. 55 220 ff.

[2]) z. B. Planck, S. 638; Oberneck, S. 658; in Gruch. Beitr. 47 330; R.G. 51 398, 55 220.

[3]) Die Verfechter dieser Auffassung (bei der Höchstbetragshypothek) haben größtenteils ihren Standpunkt aufgegeben. Vgl. die Zusammenstellung bei Planck, S. 638.

[4]) Wie Ahsbahs S. 394 behauptet. Vgl. hierzu noch: Jäckel, Zentr.-Bl. 4 S. 279, 203; Kretzschmar, a. a. O. S. 196, anders S. 627.

[5]) Entscheidung vom 15. 6. 03 (Bd. 55, S. 220).

Hand hat. Der verschiedene Wortlaut des § 1163 I 1 und 2 („steht zu", „erwirbt") führt hier eben auf verschiedene Personen (vgl. oben Seite 20). Die Billigkeit führt zu demselben Resultat. Denn spräche man dem Käufer des Grundstücks, während dessen Besitzzeit die Pendenz aufhört, die Hypothek zu, so hätte der um die Hypothek beim Kaufpreis gekürzte Veräußerer nicht einmal einen Bereicherungsanspruch, weil ja der Erwerber die Hypothek nicht ohne Rechtsgrund (§ 1163 I 1) erworben hätte. —

Zwei praktische Bedenken sind gegen die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek von jeher geltend gemacht worden:[1]) Steht die Hypothek dem Eigentümer schon von der Eintragung an als wirkliches Recht zu, sei es als gegenwärtiges (Ahsbahs, Güthe, Oberneck) oder nur als „vorläufiges" (Hirsch) oder „resolutiv bedingtes" (Herold), so muß der Eigentümer auch das Recht haben, das Grundbuch berichtigen zu lassen, sich als Grundschuldinhaber eintragen zu lassen. Er könnte sein Recht veräußern, belasten, es stände dem Angriff seines Gläubiger ausgesetzt. Dieses notwendige Ergebnis würde den ganzen Zweck der Vorausbestellung der Hypothek vereiteln, dem Gläubiger würde die Sicherheit für die künftige Forderung genommen. Daher bemühen sich die Verfechter der ursprünglichen Eigentümerhypothek nachzuweisen, daß dieses Ergebnis nicht notwendige Folge ihrer Theorie ist. Hirsch (S. 240) zieht § 161 B.G.B. heran. Die Rechtslage wäre analog dem Falle einer bedingten Hypothek,[2]) das Gläubigerrecht stehe quasi unter der Bedingung der Entstehung der Forderung. Er wendet § 161 analog an, die Verfügung des Eigentümerhypothekars sei deshalb unwirksam. Herold (Zentr.-Bl. 4, 697) und Ahsbahs wenden § 161 unmittelbar an. Dieser Ausweg ist nicht gangbar, weil, wie gezeigt, weder Eigen-

[1]) Die Frage wurde gleichfalls nur für die Höchstbetragshypothek behandelt. Vgl. z. B. Hecking, S. 33.

[2]) Ähnlich aber weitergehend Ahsbahs (S. 383), der den Unterschied zwischen bedingter Hypothek und Hypothek für bedingte Forderung leugnet.

tümer- noch Gläubigerrecht „bedingt" sind; Bedingungsrecht ist nicht anwendbar.

Gegen die Befugnis des Eigentümers das Grundbuch zu berichtigen, behaupten Herold und Ahsbahs, daß das Grundbuch richtig sei, Herold meint sogar: auch nach Beendigung der Schwebezeit; die Eintragung des Eigentümers bedeute nicht „Berichtigung" sondern „Ordnung" des Grundbuchs. Der Anspruch des Eigentümers hierauf sei nur persönlich! (?) — Es ist nicht einzusehen, wie das Grundbuch richtig sein soll, wenn es den Gläubiger als Berechtigten aufführt, während das Recht dem Eigentümer zustehen soll! Richtig kann man das Grundbuch nur nennen, wenn man von der durch den Gesetzestext widerlegten Prämisse ausgeht, daß schon in § 1113 II, 1190 I dem Eigentümer die Hypothek zugesprochen werde, nicht erst in § 1163 I 1. — Güthe (Z. d. D.Not.V. 1907, 92[1]) hält die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des § 22 G.B.O. für unmöglich, weil der Eigentümer während der Schwebezeit nicht den Nachweis der bestehenden Unrichtigkeit bringen könnte. Es liege nicht ein Mangel des Rechts, sondern nur des Beweises vor. — Auch dies ist abzulehnen, denn eine solche Regelung würde kaum mit dem Erkennbarkeitsprinzip des Grundbuchrechts zu vereinbaren sein!

Schließlich spricht noch ein dritter Gesichtspunkt praktisch gegen die ursprüngliche Eigentümerhypothek. Man wäre gezwungen, dem Gläubiger während der Pendenz die Befugnisse der §§ 1133—1135 abzusprechen, auch damit würde der Gedanke der Voraussicherung der Forderung aufgegeben werden. Man käme weiter dazu, Verfügungen des Gläubigers über sein Recht für unzulässig zu erklären; so kommt Herold (Bd. 4[703], 8[346]) auch konsequent zu dem gesetzwidrigen Ergebnis, daß eine Höchstbetragshypothek nicht abtretbar sei.

Endlich genösse zwar die bloße Anwartschaft des Gläubigers den Vorzug der Eintragung im Grundbuch, während das angeblich bereits vollendete Recht des Eigentümerhypothekars, welcher auch mit dem in Abteilung I

eingetragenen Eigentümer nicht mehr identisch zu sein braucht, die Vorzüge der Grundbucheintragung entbehren sollte. —

Welche Rechte aber hat umgekehrt vom Standpunkt der sofortigen Gläubigerhypothek der Eigentümer aus seiner künftigen Eigentümerhypothek? Kann er oder sein Gläubiger darüber schon verfügen, so lange die Forderung noch entstehen kann? Die Frage ist lebhaft erörtert. Daß Verfügungen über künftige Rechte, nicht nur über bedingte, zulässig sind, wird von der herrschenden Meinung mit Recht angenommen. Von einigen wird die Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek aber nicht für zulässig gehalten.[1]) Es fragt sich, in welcher Form sie geschieht. Die gegenwärtige Eigentümerhypothek ist gemäß § 1177 als Grundschuld zu behandeln. Abtretung und Verpfändung erfolgt daher gemäß §§ 1192, 1154 durch Einigung und Eintragung. Auch die Pfändung bedarf gemäß § 857 VI Z.P.O. der Eintragung. Letzteres ist allerdings lebhaft bestritten, dafür mit Recht die herrschende Meinung.[2]) Die Gegner wenden § 857 II Z.P.O. an und halten die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Gläubiger für ausreichend.[3])

Muß die Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek in derselben Form erfolgen, wie die über die gegenwärtige? Hinsichtlich der Abtretung und Verpfändung wird dies, soweit die Verfügung überhaupt zugelassen wird, m. W. allgemein bejaht. Hinsichtlich der Pfändung besteht aber auch für die künftige Eigentümerhypothek Streit. Die herrschende Meinung will auch hier § 857 VI Z.P.O. anwenden. Von hier aus kommen einige dazu, die

[1]) Vgl. die bei Güthe, S. 363 angeführte Literatur. Vgl. auch Güthe in Z. d. D.Not.-V. 1906 S. 742.

[2]) z. B. R.G. 55 S. 378; 56 S. 13; 61 S. 394; Hirsch, S. 246; Predari, S. 302, 303; siehe im übrigen die Literatur bei Güthe 419 und Bruck 236 [20].

[3]) So vor allem die Kommentatoren der Z.P.O.; vgl. auch die Rechtssprechung und Literatur bei Oberneck, S. 657, 658; ferner bei Güthe S. 418; umfassend bei Klamroth, die Pfändung der Eigentümerhyp. Diss. Rostock 1906. S. 33.

Zulässigkeit der Pfändung ganz zu verneinen, weil der Eigentümer noch nicht als Hypothekar eingetragen werden kann, und deshalb (§ 40 G.B.O.) die Eintragung einer Verfügung unzulässig sei.[1]) Das K.G. insbesondere ist jedoch dem entgegengetreten und hat die Eintragung der Pfändung der Eigentümerhypothek für zulässig erklärt, selbst wenn der Eigentümer nur als solcher in Abteilung I eingetragen ist; denn er gelte als eingetragener Inhaber der ihm nach § 1163 zufallenden Eigentümerhypotheken.[2]) Das K.G. verlangt aber stets den Nachweis, daß die Eigentümerhypothek entstanden, die Pendenz beendet sei (vgl. R.O.L.G. 7 [9] und R.J.A. 5 [270]). Zweifellos bedeutet dies eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs. Die Auffassung des K.G. ist nicht unwidersprochen geblieben.[3]) Andererseits ist man aber sogar noch über die Ansicht des K.G. hinausgegangen. So verlangte das O.L.G. Jena[4]) und München[5]) nicht einmal den Nachweis der Entstehung der Eigentümerhypothek. — Tritt man dieser Auffassung bei, so ist die Eintragung der Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek möglich, § 40 G.B.O. steht nicht mehr entgegen. Das Resultat ist in der Tat wünschenswert. Denn die künftige Eigentümerhypothek bedeutet häufig die Aussicht auf ein Vermögensstück, das oft das einzige des Schuldners ist. Entsteht die Forderung doch noch, so ist allerdings die Pfändung „gegenstandslos gewesen". Dies kann freilich nicht entscheidend sein, um die Pfändung deshalb für unzulässig zu erklären (wie z. B. Cohn S. 61). Aber aus

---

[1]) Vgl. besonders Biermann, S. 418; Cohn, S. 61; R. d. O.L.G. (Celle) 4, 74; die Literatur bei Güthe, S. 363, 419, und Oberneck, S. 658.

[2]) K.G. 20 S. 190; 21 S. 159; 22 S. 172; 23 S. 157; 25 S. 169, 308; die übrige Rechtsprechung bei Güthe, Z. d. D. Not.-V. 1906 S. 739 und im Kommentar S. 770.

[3]) Vgl. die Literatur bei Güthe a. a. O.; ferner Biermann, S. 374; Cohn, S. 62.

[4]) R.O.L.G. 3, 199; dazu Horn, S. 108.

[5]) In der vom R.G. gemißbilligten Entscheidung (R.G. 61 [374]), vom 23. 6. 05 (Zentral-Bl. f. f. G. Bd. 6 S. 519 ff.).

einem anderen Grunde ist der vom O.L.G. München und Jena gezeigte Weg nicht gangbar, er verstößt gegen § 40 G.B.O. Das R.G. hat in der schon erwähnten, bedeutsamen Entscheidung vom 18. 10. 1905 (R.G. 61 [374]) aus diesem Grunde die Eintragsfähigkeit der Pfändung und Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek verneint. Mit Recht hebt es hervor, daß derartige Eintragungen gegen den Zweck der Grundbucheinrichtung, Klarheit und Sicherheit in die Rechtsverhältnisse an Immobilien zu bringen, vereitelt werde.[1])

Auf diese Weise ist also Pfändung und Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek unmöglich. Dem Erlaß des Pfändungsbeschlusses stehen natürlich die gezeigten Hindernisse nicht entgegen, ihm fehlt jedoch die dingliche Wirkung gegen Dritte. Es fragt sich, ob die Verdinglichung nicht auf einem anderen Wege als dem des § 857 VI Z.P.O. erreichbar ist. Und diese Möglichkeit ist in der Tat gegeben. Das Gesetz bietet in § 857 II Z.P.O. den nötigen Anhalt. Die künftige Eigentümerhypothek ist noch keine Grundschuld, sie kann einmal eine solche werden. Ein Drittschuldner ist nicht vorhanden. Es steht nichts im Wege § 857 II Z.P.O. anzuwenden. Die Pfändung geschieht durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Gläubiger. Bei dieser Auslegung wird die oben als wünschenswert bezeichnete Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek ermöglicht; allerdings nicht Abtretung und Verpfändung, für diese fehlt es an einer helfenden Gesetzesbestimmung.

Das R.G. selbst hat in der angezogenen Entscheidung nicht entschieden, ob die künftige Eigentümerhypothek

---

[1]) Diese Entscheidung hat starken Widerspruch gefunden. Die z. T. schon oben angegebenen Gründe sind beachtlich, trotzdem ist das wünschenswerte Resultat de lege lata auf diesem Wege nicht zu erreichen. Vgl. z. B. gegen das R.G.: Ahsbahs, S. 410; Güthe, Z d. D.Not.V. 1906 S. 746; 1907 S. 941; Oberneck in Gruch. 50 S. 551; für die Entscheidung des R.G. neuestens bes. Fuchs, Bd. II, S. 433.

gemäß § 857 Abs. II oder Abs. VI zu pfänden ist. Es bezeichnet die Anwendung des Abs. VI als „fraglich" und weist auf die vielleicht bestehende Möglichkeit der Anwendung des Abs. II hin. — Daß die Pfändung gemäß § 857 II Z.P.O. außerhalb des Grundbuchs erfolgt, kann gegenüber den zahlreichen anderen außergrundbuchlichen Rechtsänderungen an der Immobilie nicht ins Gewicht fallen. In der Rechtslehre tritt nur Predari (S. 302, 303) für diese verschiedene Behandlung der künftigen und der gegenwärtigen Eigentümerhypothek ein, neuestens auch Fuchs (Bd. II S. 434). Der Eigentümer kann das künftige Recht des Pfändungsgläubigers zwar durch Valutierung, nicht aber durch Abtretung oder Verpfändung vereiteln; ebenso unrichtig ist es, daß er schon bei der Eintragung über den Rang der künftigen Eigentümerhypothek[1]) verfügen darf. Entsteht später die Eigentümerhypothek, so muß die Pfändung eingetragen werden. Diese Eintragung hat jedoch nur die Bedeutung der Buchberichtigung und erfolgt auf Grund der früheren Pfändung,[2]) die bereits durch Beschlußzustellung rite vollzogen.

IV. Die dargelegten Grundsätze über die Eigentümerhypothek bei künftiger Forderung scheinen mir den Vorzug vor der bekämpften Theorie zu verdienen, weil sie nicht wie diese auf Konstruktionen und Analogieschlüsse angewiesen ist und zu praktischen Resultaten führt. Wie schon angedeutet, müssen aber Hypotheken, deren Buchcintrag keine ungewisse, sondern eine gegenwärtige Forderung aufweist, anders behandelt werden. Sie sind nicht Hypotheken im Sinne des § 1113 II, selbst wenn ihnen tatsächlich eine erst künftige Forderung zugrunde liegt. Dies wird häufig der Fall sein. Besonders pflegen Darlehne erst nach erfolgter Eintragung gegeben zu werden.

[1]) Vgl. Iwand, D.J.Z. 1902 S. 221; ferner Predari, S. 575; über Vormerkungen bez. der künftigen E.H. vgl. K.G. in R.O.L.G. 14 S. 120; ferner K.G. in J.K.G. 26 A. S. 161. § 1179 B.G.B. gestattet ausdrücklich nur die Vormerkung des Löschungsanspruchs.

[2]) So auch Fuchs, a. a. O.; Predari, S. 303.

Die Forderung des Gläubigers ist dann auch hier de facto eine künftige, obwohl der Eigentümer in der Eintragungsbewilligung bekennt, die Valuta schon erhalten zu haben. Die Richtigkeit dieser Angabe hat der Grundbuchrichter nach dem bestehenden Konsensprinzip nicht zu prüfen. Zu diesen Hypotheken, man könnte sie im engeren Sinne „nicht valutierte" nennen, gehören ferner aber auch diejenigen, bei denen die Forderung wider die Erwartung der Beteiligten nicht entstanden ist, z. B. infolge einer ihnen nicht bekannten Nichtigkeit des Kausalgeschäfts. Auch sie können nachträglich noch valutiert werden, die Forderung ist auch hier eine künftige. Aber diese „nicht valutierten Hypotheken" unterstehen nicht dem § 1113 II, denn der Bucheintrag läßt die Ungewißheit nicht erkennen. Für sie gilt insbesondere das Prinzip der ursprünglichen Eigentümerhypothek, sie sind von der Eintragung an latente, d. h. aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Eigentümerhypotheken.[1]) Das Grundbuch ist unrichtig. Der Besteller kann über seine Grundschuld frei verfügen, die Gläubiger sie pfänden; nach der Rechtssprechung des K.G. sind diese Verfügungen ohne Eintragung des Eigentümerhypothekars eintragbar. Will der Gläubiger diese unangenehmen Folgen vermeiden, so mag er die Valuta schleunigst zahlen,[2]) — oder aber die Ungewißheit der Forderung im Grundbuch zum Ausdruck bringen lassen, sei es auch nur durch Bezugnahme auf die richtige Eintragungsbewilligung.[3])

---

[1]) Mit der Zahlung der Valuta verwandeln sie sich aber ipso iure wieder in Gläubigerhypotheken. Es bedarf keiner Abtretung oder Umwandlung. So auch Friedländer, Bl. f. R.A. 69, S. 516.

[2]) Bei stattgefundener Veräußerung des Grundstücks an den Besteller der Hypothek, nicht etwa an den neuen Eigentümer! Vgl. Planck, S. 638; Friedländer, Bl. f. R.A. 69, S. 516; anders Böhm, Recht 1901 S. 194.

[3]) Es ist also nicht genau, wenn oft (z. B. Planck 638 ^{3b}) gesagt wird, daß es nicht darauf ankäme, wie die Forderung im Grundbuch bezeichnet ist. Vielmehr hat der Richter die Ungewißheit den Angaben der Parteien zu entnehmen und einzutragen.

Dies dürfte die wahre Bedeutung des § 1113 II sein, nicht die ihm von Herold (Zentr.-Bl. 4 [695], 8 [345] ff.) willkürlich unterlegte.

Die Rechtssprechung hat diesen Unterschied zwischen den wirklichen Hypotheken für künftige Forderung und bloß „nicht valutierten" tatsächlich auch stets beobachtet, ohne ausdrücklich auf die Verschiedenheit hinzuweisen.[1]) Eigentlich ist der Unterschied auch ganz selbstverständlich, nur ist er durch die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek für künftige Forderungen verwischt worden. In der Literatur werden beide Arten meist zusammengeworfen.[2]) Von einigen nur wird der Unterschied berührt. Herold a. a. O. knüpft allerdings durchaus gesetzwidrige Konsequenzen an seine Unterscheidung, indem er in § 1113 II eine stärkere, nichtberichtigungsbedürftige Art der Eigentümerhypothek normiert findet und in § 1163 I nur die nicht valutierten Hypotheken geregelt sieht. Auch Leonhard (bei Eck II S. 297) betont den Unterschied. Er meint, Hypotheken für bedingte Forderungen und Höchstbetragshypotheken müßten anders behandelt werden als sonstige. Eine nicht entstandene Forderung sei für den Eigentümer eine unerquickliche Enttäuschung, gegen die ihn § 1163 I schütze, anders als eine im voraus als ungewiß ins Auge gefaßte, bei der sich der Eigentümer darauf gefaßt mache, daß sie nicht entstehe. M. E. genügt es nicht, daß die Forderung nur als ungewiß „ins Auge gefaßt" wird, sondern sie muß auch so eingetragen werden, um die Unterscheidung zu rechtfertigen.

Gleichgültig ist jedoch, ob die Hypothek für künftige Forderung Sicherungs- oder Verkehrshypothek ist, sie kann auch Briefhypothek sein. Die dargelegten Grundsätze

---

[1]) Vgl. R.G. bei Seuffert, Bd. 60 No. 151 und R.G. 48 [48], 51 [398], und bei Gruchot 47 [672]; neuerdings auch R.G. 70, S. 356, 357 — andererseits R.G. 48 [55]; JK.G. 26 A. 161. Vgl. oben S. 29.

[2]) So besonders Planck, S. 637, 638 [3a], 674; Endemann, S. 742; Biermann, S. 371; Güthe in D. J. Z. 1908 S. 932; Böhm, S. 326 II; Staudinger, S. 710 ζ; Oberneck in Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 582.

gelten für sie in gleicher Weise. Es bedeutet eine Verkennung des Wesens der Sicherungshypothek, wenn die feste Sicherungshypothek, welche nur nicht valutiert ist, der Hypothek für künftige Forderung gleichgestellt wird, weil sich das Recht des Gläubigers bei ersterer nur nach der Forderung bestimme.[1]) Als ob es nicht auch Sicherungshypotheken für künftige Forderung gäbe! Vielmehr ist ebenso auch die Sicherungshypothek des § 1113 II zunächst Gläubigerhypothek, es fehlt nur das „materielle Hypothekenrecht", weil dieses sich stets nur nach der Forderung bestimmt. Selbst in der Hand eines zweiten gutgläubigen Erwerbers der Hypothek des § 1113 II ist kein Unterschied zwischen Verkehrs- und Sicherungshypothek zu machen, denn selbst die Publizität des Grundbuchs (§ 891 ff.) spricht nur für eine „künftige Forderung". Umgekehrt liegt bei allen bloß „nicht valutierten Hypotheken" stets sofort eine Eigentümerhypothek vor, gleichgültig ob eine Verkehrs- oder Sicherungshypothek bestellt ist. Bei Verkehrshypotheken ist nur durch § 891 die Beweislast geändert und durch § 892 ff. der Eigentümer gefährdet, wenn ein Gutgläubiger die Hypothek im Vertrauen auf das eine gegenwärtige Forderung aufweisende Grundbuch erwirbt. — Dagegen kommt Herold auf Grund seiner Zerteilung des Begriffs der Eigentümerhypothek zu geradezu gesetzwidrigen Ergebnissen.[2])

[1]) Wie Herold (Zentr.-Bl. 8 [246]) annimmt. Er kommt trotzdem schließlich dahin, die nicht valutierte feste Sicherungshypothek stets dem Gläubiger zuzusprechen! „entgegen § 1163"!

[2]) In Zentr.-Bl. 4, S. 699 und 8 S. 346 ff. z. B. die Unterscheidung des § 1163 I soll für Sicherungshypotheken nicht gelten. Grundbuchberichtigung komme selbst bei Feststellung des Nichtmehrentstehens der Forderung nicht in Frage. Auch § 1179 finde auf Sicherungshypotheken keine Anwendung, die Höchstbetragshypothek wird der festen Sicherungshypothek fast gleichgestellt. die erstere soll nicht abtretbar sein! „Zum Teil" werden diese Folgerungen nachträglich als „zu weitgehend" (S. 346) zurückgezogen. In Wahrheit ist der Ausgangspunkt unrichtig. — Auch Güthes Ausführungen in D.J.Z. 1908 S. 933 treffen nur auf „nichtvalutierte" Hypotheken i. e. S. zu.

§ 7.

Anwendung auf die Höchstbetragshypothek.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergeben sich für die Auslegung des § 1163 I 1 in der Anwendung auf Hypotheken für künftige Forderungen überhaupt folgende Grundsätze: Jede ausdrücklich für künftige Forderung bestellte Hypothek steht auch ohne die Forderung bis zu dem Augenblick, von dem an ihre künftige Entstehung nicht mehr möglich ist, sofort dem Gläubiger zu. Dies verstößt weder gegen die akzessorische Natur der Hypothek noch gegen die Grundsätze über die Eigentümerhypothek. Erst von der Beendigung der Pendenz an steht sie dem Besteller zu. Bis dahin hat der Eigentümer nur ein künftiges Recht. Objektiv ungewiß ist lediglich, ob er die Hypothek jemals erwerben wird. — Dagegen stehen die im Widerspruch mit den Angaben des Grundbuchs nicht valutierten Hypotheken (i. e. S.) trotz der Eintragung des Gläubigers von vorneherein dem Eigentümer zu und gehen erst auf den Gläubiger über, wenn die Forderung doch noch entsteht. Der Eigentümer kann sich sofort eintragen lassen und auch sofort über die Eigentümergrundschuld verfügen. Nimmt er jedoch nachträglich die Valuta, so ist er aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis dem Gläubiger verpflichtet, die Umschreibung auf dessen Namen herbeizuführen. — In beiden Fällen ist die Eigentümerhypothek, — einmal entstanden — eine vollwertige Grundschuld des Eigentümers nach § 1177 I B.G.B.

Gilt die Unterscheidung zwischen „Hypothek für künftige Forderung“ und „nicht valutierter Hypothek i. e. S.“ auch für die Höchstbetragshypothek und untersteht diese auch den bezeichneten Grundsätzen?

In der Literatur unterscheidet in diesem Sinne, soweit ich sehe, nur Ahsbahs (a. a. O.) zwischen „materieller“ und „formeller“ Höchstbetragshypothek. Ahsbahs vertritt jedoch (s. o.!) auch bezw. gerade für die „materielle Höchst-

betragshypothek" den Grundsatz der ursprünglichen Eigentümerhypothek. Darnach müßte jede Höchstbetragshypothek von vorneherein dem Eigentümer zustehen, soweit sie nicht valutiert ist. Die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Höchstbetragshypothek wäre also ohne praktische Bedeutung. — Im übrigen scheint die Literatur und desgleichen die Rechtssprechung einen Unterschied in dem gedachten Sinne nicht machen zu wollen. So wollen anscheinend auch die Verfechter der sofortigen Gläubigerhypothek jede Höchstbetragshypothek diesem Grundsatze unterwerfen,[1]) und diejenigen, welche ihn vielleicht auf die „materielle" Höchstbetragshypothek stillschweigend beschränken wollen, geben keine Grenze an, welche beide Arten trennen soll. — M. E. sind grundsätzlich auch für die Höchstbetragshypothek die Fälle der nur „nicht valutierten Hypothek" von den übrigen abzugrenzen.[2]) Nur muß die Grenze hier zugunsten der „materiellen" Höchstbetragshypothek (für künftige Forderung) verschoben werden, und zwar wegen der durch den Feststellungsvorbehalt geschaffenen Besonderheit. Auch trifft die Unterscheidung zwischen „materieller" und „formeller" Höchstbetragshypothek nicht den Kern der Sache. — Richtiger ist m. E. zunächst zwischen „vollkommener" und „unvollkommener" Höchstbetragshypothek zu unterscheiden. Nach seinem Wortlaut ist § 1190 I dahin auszulegen, daß nicht nur der Betrag, sondern auch die Individualisierung der zu sichernden Forderung einer späteren Feststellung vorbehalten werden kann.[3]) Ist dies geschehen, die Forderung also gar nicht im Grundbuch bezeichnet (vgl. z. B.[4]) das preußische Formular: Sicherungs-

---

[1]) Vgl. z. B. Leonhard bei Eck II S. 297; während die Gegner jede H. bis zur Valutierung dem Eigentümer zusprechen

[2]) Wie dies Dernburg für die Preuß. Kautionshypothek tat (vgl. Dernburg, Pr. Hyp.-R. S. 200, 201), wenn er die „Ultimathypothek" anders behandelte; vgl. oben Seite 13.

[3]) Dies ist allerdings in der Rechtslehre bestritten (vgl. oben S. 9).

[4]) Anl. A der Preuß. Just. Min.-Verfügung vom 20. 11. 1899.

hypothek zum Höchstbetrage von 500 ℳ für den . . . eingetragen am . . .) oder sind alle Forderungen des Gläubigers an den Schuldner gesichert, so muß das Gleiche gelten wie bei einer ausdrücklich für künftige Forderung bestellten Hypothek. Denn die Feststellung, welche Forderungen durch den Höchstbetrag der Haftung gedeckt werden, steht noch aus. Diese Höchstbetragshypotheken möchte ich die „vollkommenen" nennen. Für sie gilt das Prinzip der sofortigen Gläubigerhypothek. Vor der Feststellung kann bei ihnen nicht die Rede davon sein, daß „die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist". (§ 1163 I 1.)

Ist dagegen nur die Feststellung des Betrages der Forderung vorbehalten — ich nenne diese Höchstbetragshypothek deshalb eine „unvollkommene" —, so gibt das Grundbuch bezw. die in bezug genommene Eintragungsbewilligung an, welche Forderungen gesichert sind; und zwar sind sie entweder als gegenwärtige oder künftige bezeichnet. Im letzteren Fall gilt für die Höchstbetragshypothek während des Schwebezustandes das oben für jede Hypothek mit künftiger Forderung gesagte, d. h. gleichfalls der Grundsatz der sofortigen Gläubigerhypothek. Dagegen steht grundsätzlich auch die Höchstbetragshypothek sofort dem Eigentümer zu, wenn die Forderung als gegenwärtig bezeichnet, aber bei der Eintragung nicht entstanden ist. Zu beachten ist aber, daß sich bei Höchstbetragshypotheken häufig hinter dem Eintrag einer gegenwärtigen Forderung der einer künftigen verbirgt. Denn die künftigen Zinsen oder sonstigen Nebenleistungen werden in den Höchstbetrag eingerechnet (§ 1190 II). Solange also Zinsen noch entstehen können — die Forderung muß also wenigstens zum Teil entstanden sein — ist die Pendenz noch nicht abgeschlossen, es steht noch nicht fest, in welcher Höhe die „Forderung" nicht zur Entstehung gelangt ist.

Nur dann wird man dem Eigentümer die nicht valutierte Höchstbetragshypothek für gegenwärtige Forderung sofort zusprechen müssen, wenn die Forderung bei der Hypothek-

bestellung überhaupt nicht entstanden (oder der entstandene Teil unverzinslich) ist. Dann ist das Grundbuch unrichtig. Es bezeichnet die Forderung als entstanden und will nur den Betrag noch nicht angeben; in Wahrheit ist eine Forderung aber nicht (oder nur zum Teil) vorhanden. Man wird z. B. die Höchstbetragshypothek für ein als gegeben bezeichnetes Darlehn sofort dem Eigentümer zusprechen müssen, wenn das Darlehn in Wahrheit nicht gegeben, oder der Darlehnsvertrag nichtig ist. Dann ist „die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt". Sie kann auch nicht mehr[1]) entstehen, ihr Betrag braucht und kann deshalb gar nicht mehr erst festgestellt werden.[2]) Die Feststellung wäre gegenstandslos. — Nach dem Gesagten steht die „vollkommene" Höchstbetragshypothek stets von vornherein dem Gläubiger, die „unvollkommene" dagegen unter Umständen sofort dem Eigentümer zu. Es kann — wie bei sonstigen Hypotheken — nicht gleichgültig sein, ob die Parteien die Forderung als bestehend oder künftig bezeichnen.[3]) Die verschiedene Bezeichnung muß vielmehr auch hier für die Rechtslage des Eigentümers erheblich sein.

Die Literatur zur Höchstbetragshypothek läßt, wie erwähnt, die Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts vermissen. Die (S. 19 Note 1) genannten Vertreter der ursprünglichen Eigentümerhypothek verfechten diese Ansicht auch für die Höchst-

---

[1]) Begrifflich ist die Darlehnsforderung, welche durch die nachträglich doch noch erfolgte Zahlung der Valuta entsteht, eine andere als die, welche das Grundbuch schon als bestehend bezeichnete.

[2]) Ähnlich will Ahsbahs, a. a. O. S. 373, die Höchstbetragshypothek für gegenwärtige Forderung überhaupt nicht als Höchstbetragshypothek behandeln. Sie seien „materiell Erscheinungsformen der gewöhnlichen Hypothek". Mit der oben bezeichneten Maßgabe soll diese Auffassung diesseits gebilligt werden.

[3]) Auch Hecking, S. 26, 30, scheint eine solche Unterscheidung treffen zu wollen; vielleicht auch Cohn, S. 22 unten.

betragshypothek,[1]) hier sogar in erster Linie. Endemann[2]) nennt die durch Eintragung einer Höchstbetragshypothek angeblich zunächst entstehende Eigentümerhypothek eine „transitorische". Entsteht eine Forderung, so verringert sich entsprechend die Eigentümerhypothek, verschwindet die Forderung, so nimmt sie wieder zu. „Sie dehnt sich jeweilig soweit aus, als der verlautbarte Höchstbetrag von der Forderung nicht gedeckt ist." Die Grundschuld soll also auflösend bedingt sein. Diese auf- und niederschwankende, durch Grundbucheintrag nicht zu fixierende Eigentümerhypothek ist in der Tat das Ergebnis der hier bekämpften Theorie. Daß sie in das Grundbuchsystem nicht paßt, hebt zutreffend Cohn (S. 23) hervor. Eine inhaltlich besondere Art will Endemann anscheinend mit seiner „transitorischen" Eigentümerhypothek nicht konstruieren, anders als z. B. Hirsch seine „vorläufige" als schwächere Unterart in das Gesetz konstruiert. Denn die Endemannsche Grundschuld genießt alle Vorzüge ihrer Gattung, auch die Surrogationsbefugnis in der Zwangsversteigerung, anders, als die „vorläufige" von Hirsch. — Die herrschende Meinung[3]) nimmt gerade bei der Höchst-

---

[1]) Als einziger kommt Herold (Zentr.-Bl. 4 S. 299) von seiner verfehlten Konstruktion des dinglichen Rechts für künftige Forderung aus zu dem Ergebnis, daß die Höchstbetragshypothek niemals Eigentümerhypothek werden könne!

[2]) S. 880; vgl. auch Predari, S. 305; Planck, S. 716; Fuchs, I S. 621; Braun, S. 39. Widerspruchsvoll: Schmitz, S. 19, 22.

[3]) Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht S. 295 V; Cohn, S. 22; Hecking, S. 31; Hachenburg, S. 315; Reinhard, Recht 6 S. 31; Settegast, S. 26; Schreiber, Sächs. Archiv 13 S. 327; Leonhard bei Eck, S. 287; Kretzschmar, S. 604; R. d. O.L.G. (Celle) 4 S. 74; (Jena) 3 S. 199; (Dresden) 4 S. 377; R.G. 51 S. 115; 55 S. 220; 56 S. 322; 61 S. 374; K.G. in R.J.A. 5 S. 270; R.J.A. 9 S. 65; J.K.G. 28 A. 271. Ferner R.G. bei Gruch. 48 S. 606; im Recht 1907 S. 573; im Zentr.-Bl. 6 S. 17. — Auch hier wird jede Höchstbetragshypothek schlechthin dem Grundsatz unterworfen. Insbesondere scheint auch das R.G. zwischen den Höchstbetragshypotheken für künftige oder gegenwärtige Forderung nicht zu unterscheiden.

betragsbypothek schon vor der Entstehung einer Forderung eine Gläubigerhypothek an, aus den bereits erörterten und maßgeblichen Gründen.[1]) Die Eigentümerhypothek entsteht also erst dann, wenn Forderungen nicht mehr entstehen können; eventuell also in Höhe des Betrages, um den die Forderung endgültig hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt und zwar, wie oben, zugunsten des Bestellers, nicht zugunsten des Eigentümers, welcher zufällig Eigentümer war, als die Beendigung der Entstehungsmöglichkeit weiterer Forderungen festgestellt wurde. Die „festgestellte Tatsache" ist entscheidend. Hat die Forderung aber in irgend einem Augenblicke des Kreditverhältnisses einmal den Höchstbetrag erreicht, so ist sie „zur Entstehung gelangt". Selbst wenn sie später wieder unter den Höchstbetrag herabsinkt, ist also für Anwendung des § 1163 I 1 zugunsten des Bestellers kein Raum mehr.[2]) Sehr bedenklich scheint mir die Auffassung von Planck,[3]) wonach eine Erweiterung der Rechte des Bestellers dadurch möglich sei, daß die Parteien bei Begründung einer Höchstbetragshypothek für künftige Forderungen bestimmter Art vereinbaren, daß der Gläubiger die Hypothek erst erwerben soll, wenn er dem Eigentümer gegenüber nach Entstehung einer

---

[1]) Kein Beweisgrund gegen die „transitorische" Eigentümerhypothek dürfte es freilich sein, wenn Cohn (S. 22) behauptet, diese sei „begrifflich" unmöglich, „weil sie hier von dem Werden und Vergehen von Forderungen abhängig sei". Vielmehr darf die Grundschuld doch nur in der Weise von einer Forderung nicht abhängig sein, daß das Bestehen der Forderung Voraussetzung der Grundschuld ist. In dieser Weise wäre die transitorische Grundschuld hier auch nicht von der Forderung abhängig; denn sie soll ja entstehen, weil noch keine Forderung da ist. Daß sie bei Entstehung einer Forderung wieder verschwinden soll, ist also eine andere Abhängigkeit als die dem Begriff der Grundschuld widersprechende.

[2]) So auch Planck, S. 715 [4a]. Eine Ausnahme hiervon gilt nur, wenn die Einzelforderungen nur Rechnungsposten, „Forderung" nur der Saldo ist. (Siehe unten!)

[3]) S. 715, mit ihm Hoffmann, S. 61.

Forderung erklärt, daß er die Hypothek für diese Forderung geltend mache. Diese Abrede dürfte kaum eintragbar sein.[1]) Selbstverständlich aber haben die Parteien die Möglichkeit, zu vereinbaren, daß der Gläubiger die zu sichernde Forderung einseitig durch seine „Geltendmachung" bestimme. Aber das dingliche Gläubigerrecht kann nicht dadurch hinausgeschoben werden.

Der Zeitpunkt, von dem an keine Forderung mehr entstehen kann, in dem also die Eigentümerhypothek entsteht, ist nicht stets schon die Beendigung des zugrunde liegenden Kreditverhältnisses. Denn gewöhnlich kann der Saldo durch gesetzliche oder vertragliche Zinsen bis zur Zahlung erheblich steigen. Andererseits ist möglich, daß die an sich nur deklaratorische „Feststellung" der Forderung die Beendigung der Pendenz und die Entstehung der Eigentümerhypothek herbeiführt, wenn dieser Feststellungsvertrag zugleich auch die Entstehung weiterer Zinsforderungen

[1]) Selbst wenn man mit Planck die Höchstbetragshypothek zunächst als Eigentümerhypothek ansieht, dürfte eine solche Abrede sachenrechtlicher Art kaum mit dem Prinzip der Geschlossenheit der Sachenrechte zu vereinbaren sein. Das Gesetz bestimmt unter welchen Voraussetzungen das dingliche Recht diesem oder jenem zusteht. Die Parteien haben nur die Möglichkeit, diese Bindung durch Einschieben einer Suspensivbedingung hinauszuschieben. Selbst dieses letztere wird z. B. von Du Chesne (Z. d. D. Not.-V. 1905 S. 397) bestritten, aber wohl zu Unrecht. Man könnte die Erklärung der Geltendmachung also nur als Bedingung der Hypothek auffassen. Es ist aber doch sehr fraglich, ob man einem Recht die Bedingung seiner Geltendmachung setzen kann; sie wäre ganz überflüssig! Davon abgesehen müßte aber in unserem Falle die ganze Höchstbetragshypothek bedingt sein, also auch die Eigentümerhypothek des Bestellers, dessen Rechte Planck gerade erweitern wollte! Die Belastung ist ein einheitliches Recht, seine angebliche Doppelnatur zerfließt bei der Berührung mit dem Gesetz. Man kann eine Hypothek nicht in zwei dingliche Rechte auflösen, deren eines bedingt ist. Nur blinder Konstruktionseifer führt zu solchen Ergebnissen, weil er den Weg zu den positiven Gesetzesbestimmungen nicht wiederfinden läßt. — Steht die Höchstbetragshypothek zunächst dem Gläubiger zu, so bleibt für den Eigentümer nur ein künftiges Recht.

unmöglich macht.[1]) Wann die Eigentümerhypothek entsteht, ist also durchaus quaestio facti. Der Gläubiger behält also die ganze Hypothek für eine, wenn auch noch so geringe Kapitalsforderung wegen der Entstehungsmöglichkeit geringfügiger Nebenforderungen.

Man wird nicht so allgemein, wie Kretzschmar S. 604 annimmt,[2]) das Festhalten des Gläubigers an diesem Recht ohne weiteres als schikanös bezeichnen können, denn es ist nicht gesagt, wie lange die Zinsen auflaufen werden. Immerhin könnte im Einzelfall der Tatbestand des § 226 gegeben sein, so daß der Eigentümer gemäß §§ 226, 1169 den Verzicht des Gläubigers auf einen gewissen Betrag der Hypothek erzwingen und dadurch die Eigentümerhypothek zur Entstehung bringen kann. Bedenklich ist die Entscheidung des R.G. vom 20. 1. 1904 (R.G. 56 S. 325), wonach die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek schon gegeben sei, wenn feststeht, daß ein gewisser Betrag zur Sicherung aller künftigen Ansprüche ausreicht. Dies entspricht nicht dem Gesetz.[3]) Abgesehen davon, daß mit Rücksicht auf die Ungewißheit über die künftige Höhe aufgelaufener Nebenforderungen die gedachte Feststellung kaum im voraus möglich sein wird, ist selbst in solchem Falle ein Berichtigungsanspruch des Eigentümers ohne die Voraussetzung der §§ 226, 1169 nicht gegeben.

---

[1]) Nur dann liegt eine „Feststellung der Forderung“ (§ 1190 I) vor, welche den Charakter der Hypothek beeinflußt. — Mit Unrecht rechnet Cohn (S. 36) auch die Kosten des § 1118 in den Höchstbetrag ein. Für diese haftet vielmehr das Grundstück ohne weiteres. Die Fixierung der „Forderung“ braucht sich also auf diese Kosten nicht zu erstrecken (§ 1118, 1190).

[2]) Mit ihm Staudinger, S. 799 β.

[3]) Das R.G. beruft sich nicht, wie Kretzschmar, auf §§ 226, 1169; sondern „behandelt“ die Hypothek in gewisser Höhe ohne weiteres als Eigentumshypothek. — Cohn (S. 37 [1]) will vor Beendigung der Pendenz selbst unter den Voraussetzungen der §§ 226, 1169 eine Eigentumshypothek niemals annehmen, weil die Höhe der Nebenforderungen niemals „auch nur annähernd zu berechnen“ wäre. — Dies dürfte zu weit gehen.

§ 8.

3. Das Erlöschen der Forderung.

Was die Bestimmung des § 1163 I 2 betrifft, so ist schon erwähnt, daß die 2. Kommission die auf Erläuterung dieser Bestimmung hinzielenden Anträge abgelehnt hat, obwohl sie die sachliche Richtigkeit derselben anerkannte. „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.“ Welche Abweichungen erleidet dieser Grundsatz bei der Höchstbetragshypothek?

Zunächst kann die Forderung den Höchstbetrag überschreiten. Befriedigt jetzt der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger wegen eines Teils der Forderung, so liegt auf der Hand, daß er die Hypothek nicht ohne weiteres erwerben kann. Durch die teilweise Befriedigung wird vielmehr, wie die Protokolle sagen, „die Hypothek nicht zum Betrage dieses Teils erledigt“, sondern bleibt dem Gläubiger bis zum Höchstbetrag für den Rest der Forderung, „denn bis zum Höchstbetrag haftet das Grundstück für jeden Teil der Forderung“.[1]) Nur soweit kann der Eigentümer die Hypothek durch Teilbefriedigung erwerben, als der endgültige Rest der Forderung hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt. Beträgt also der Höchstbetrag 10 000 ℳ, die Forderung 14 000 ℳ, so erwirbt der Eigentümer keine Hypothek, wenn er 3000 ℳ bezahlt. Anders wenn er 5000 ℳ bezahlt, dann erwirbt er eine Eigentümerhypothek von 1000 ℳ. Besteht die Höchstbetragshypothek für alle Forderungen, welche sich aus einem dauernden Rechtsverhältnis (z. B. Kreditvertrag) entwickeln werden, und wird nun während der Dauer dieses Verhältnisses eine einzelne der entstandenen Forderungen oder ein Teil einer solchen von dem auch persönlich haftenden Eigentümer getilgt, so kann er den entsprechenden Teil der Hypothek nicht ohne weiteres erwerben, auch dann

[1]) Meisner, d. B.G.B. III S. 280 [3]; Staudinger, S. 798 [5a]; Protokolle, S. 690, 691; Fuchs, S. 621 [12aa]; Planck, S. 717 [b]; Bruck, S. 181.

nicht, wenn der Höchstbetrag durch die Forderungen noch nicht überschritten ist. Die Hypothek soll ja noch die andern künftigen Forderungen sichern, darf also nicht verringert werden, sondern bleibt dem Gläubiger. Ob und in welchem Betrage der zahlende Eigentümer die Hypothek erwirbt, entscheidet sich erst mit dem Augenblick, von dem an keine Forderungen mehr entstehen können. Ihr Erwerb bleibt „in der Schwebe", bis sich beim endgültigen Abschluß des Rechtsverhältnisses herausstellt, ob die entstandenen Forderungen hinter dem Höchstbetrag zurückbleiben oder ihn erreichen.[1]) Diese Grundsätze kommen auch zur Anwendung bei sonstigem Erlöschen der Forderung, auch wenn der Gläubiger (§ 1168) zum Teil auf die Hypothek verzichtet. Auch hier[2]) ist Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümerhypothek, daß bei der späteren Abrechnung die Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen. Das Gleiche gilt von der Rückgriffshypothek des ersatzberechtigten persönlichen Schuldners (§ 1164), wenn er den Gläubiger teilweise befriedigt.

Von diesen Fällen zu unterscheiden ist der Fall, daß der Gläubiger teilweise „aus dem Grundstück", also im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt wird (§ 1147); dann erlischt die Hypothek, soweit die Befriedigung erfolgt, auch wenn noch Forderungen entstehen können. Der Höchstbetrag vermindert sich, „denn Befriedigung aus dem Grundstück kann der Gläubiger nur einmal verlangen".[3]) Belastet die Hypothek mehrere Grundstücke als Gesamthypothek, so geht bei der teilweisen Befriedigung aus dem Grundstück gleichzeitig die Hypothek an den andern Grundstücken in Höhe des erloschenen Teils auf den Eigentümer des Grundstücks über, aus dessen Grundstück die Teilbefriedigung erfolgt ist, soweit

---

[1]) Böhm, S. 295 V; Cohn, S. 35; Meisner, S. 280 [3]; Hecking, S. 31; Biermann, S. 418 [3]; Bruck, S. 181; Oberneck, S. 959; Schmitz, S. 20; Staudinger, S. 798 [5a]; Planck, S. 717 [b]; Protokolle, S. 691; R.G. 56 [322]; in J.W. 1902 Beil. 203.

[2]) Planck, S. 718 [c]; vgl. auch Anm. 1.

[3]) Protokolle S. 691.

dieser vom Eigentümer der mitbelasteten Grundstücke oder dessen Rechtsnachfolger Ersatz verlangen kann (§ 1182). Hier ist der Übergang der Teilhypothek nicht davon abhängig, daß der Rest der Forderung hinter dem Rest der Hypothek zurückbleibt. Ebenso müssen die Fälle behandelt werden, in denen der nicht mit dem persönlichen Schuldner identische Eigentümer (§§ 1143, 1173) oder ein Dritter vermöge seines ius offerendi (§§ 268, 1150) den Gläubiger zum Teil befriedigt. Auch hier[1]) muß die Höchstbetragshypothek mit der Forderung auf den Befriedigenden zum entsprechenden Teile sofort übergehen, gleichgültig ob der Rest der Hypothek zur Deckung der sich noch entwickelnden Forderungen ausreicht oder nicht.[2])

Fuchs und Horn wollen diese unterschiedliche Behandlung der Fälle der §§ 1143, 1150, 1181 einerseits und der §§ 1163 I 2, 1164, 1168 andererseits nicht gelten lassen, vielmehr soll nach ihnen auch in den letztgenannten Fällen die Tilgung einer Forderung ohne weiteres die Eigentümer- bezw. Schuldnerregreßhypothek entstehen lassen.[3]) Dies ist unrichtig, weil die Befriedigung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer und den Ablösungsberechtigten stets in dem Sinne erfolgt, die Pfandsache von fremder Schuld zu lösen, also die Hypothek für sich zu erwerben, nicht aber um dem Gläubiger durch Befriedigung einen Gefallen zu tun. Tilgt aber der persönliche Schuldner die Forderung, so entspricht er nur seiner Rechtspflicht, erwirbt dadurch also die Hypothek nur, wenn er dem Gläubiger nicht noch Sicherung anderer Forderungen

---

[1]) Protokolle S. 691; Planck, S. 718 [4e]; Staudinger, S. 800 [5c]; Hecking, S. 34; Oberneck, S. 960; Cohn, S. 37; Biermann, S. 418 [3]; Hofmann, S. 66; Turnau-Förster, S. 1025.

[2]) Dagegen will Hecking (S. 35) und anscheinend auch Müller-Meikel (S. 920) auf den nicht persönlich haftenden Eigentümer, der den Gläubiger zum Teil befriedigt, die Hypothek nicht ohne weiteres übergehen lassen; ob er sie erwirbt, soll sich nach dieser Ansicht auch erst bei der Abrechnung entscheiden.

[3]) Fuchs, S. 622 [13]; Horn a. a. O.

zugesagt hatte. Bei der Befriedigung „aus dem Grundstück" tritt die Berechtigung der Unterscheidung am klarsten hervor, denn die Befriedigung „aus dem Grundstück" kann nur einmal verlangt werden. — Auch kann man bei Tilgung einer Teilforderung durch den Schuldner oder Schuldnereigentümer m. E. den Übergang der Hypothek nicht nur, wie Fuchs, dann an das Ergebnis der Schlußabrechnung knüpfen, wenn die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben, d. h. eine solche Modifikation der Bestimmungen über die Eigentümerhypothek ausdrücklich gewollt haben. Die Absicht der Parteien ist hier ganz gleichgültig (wie auch Hoffmann S. 72, 73 richtig andeutet). Die Bestimmungen des B.G.B. über die Eigentümerhypothek sind ius cogens. Diese entsteht ex lege.[1]) Die von Fuchs gesuchte „Vereinbarung" liegt schon in der Bestellung der Höchstbetragshypothek, welche einen weiteren Forderungskreis sichert als sonst, selbst wenn es sich nur um eine „formelle" d. h. eine „einmalige" Forderung sichernde Höchstbetragshypothek handelt (denn mindestens treten noch Zinsen dazu!). Die oben vertretene Auslegung kommt also nicht nur zur Geltung, wenn nur das Schlußguthaben (so Fuchs), sondern auch, wenn die Einzelforderung als „Forderung" gilt.[2])

Dagegen trete ich Fuchs bei, wenn er meint, daß in den Fällen, in denen die Parteien so in gegenseitiger Geschäftsverbindung stehen, daß nur der Saldo des Rechnungsabschlusses als „Forderung" betrachtet wird, § 1163 I 2 bei Tilgung von Einzelposten überhaupt nicht anzuwenden ist. Hier wird (z. B. beim Kontokorrent) der Einzelforderung in der Tat nur die Bedeutung eines Rechnungspostens beigelegt, sie darf z. B. nicht abgetreten, eingeklagt werden. Das Erlöschen eines solchen Postens auf der Gläubigerseite,

[1]) Vgl. K.G. 15. 2. 02 in Seufferts Archiv 58, S. 152. So soll auch oben die Frage, in welchem Sinne eine Zahlung erfolgt, nur den Zweck der Gesetzesbestimmung eruieren, um zur richtigen Auslegung zu gelangen.

[2]) So auch Settegast, S. 28; Hoffmann, a. a. O.

oder genauer das Steigen der Posten auf der Kreditseite des Grundeigentümers hat deshalb noch nicht den „bedingten" Übergang der Hypothek auf den Eigentümer zur Folge. Vielmehr sind solche Zahlungen nicht so sehr Faktoren des „Erlöschens", sondern vielmehr der „Entstehung" der Forderung. Bleibt beim Abschluß der Passivsaldo des Eigentümers unter dem Höchstbetrage, so ist die Forderung soweit „nicht zur Entstehung gelangt", denn Forderung ist der Saldo.[1]) Der Unterschied ist nicht nur ein theoretischer. Es ist schon erwähnt, daß im Fall des Nichtentstehens der Forderung die Eigentümerhypothek dem Besteller (aus § 1163 I 1) zusteht. Darüber, daß im Fall des Erlöschens der Forderung (§ 1163 I 2) der Eigentümer zur Zeit des Erlöschens der Erwerber der Hypothek ist, herrscht nahezu Einstimmigkeit.[2]) Die Ansicht, welche dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Beendigung der Pendenz die Hypothek zuspricht, wird kaum noch aufrecht erhalten.[3])

Bis zum Abschluß der Ungewißheit über die weitere Entstehung von Forderungen ist die Eigentümerhypothek aus §§ 1163, 1164, 1168 eine künftige, keine „latente". Für sie gilt in jeder Weise das oben über die künftige Eigentümerhypothek Gesagte. Ist bei Beendigung der Pendenz die Forderung unter dem Höchstbetrag geblieben, so ist zu prüfen, an wen die Hypothek gefallen ist.[4]) Hatte die Forderung einmal den Höchstbetrag über-

---

[1]) So auch Planck, S. 717; Bruck, S. 180 ff.; R.G. 56 S. 322. Dagegen: Settegast, S. 28; Hoffmann, S. 64.

[2]) Vgl. R.G. 51 S. 398 und besonders 55 S. 217; ferner Turnau-Förster, S. 1021 [18], 1026; Planck, S. 716; Oberneck, S. 959; Biermann, S. 418 [3], 419 [5b], 371 [1].

[3]) Vgl. die Übersicht bei Planck, S. 716.

[4]) Es ist also nicht jede Eigentumshypothek Neuerwerb des Kridars, wenn die Pendenz erst nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Grundstückseigentümers abschließt! Vgl. dazu Braun, S. 24, und Ahsbahs a. a. O., welcher mit Unrecht die Entscheidung des R.G. vom 15. 6. 03 (Bd. 55, S. 217) für unbillig erklärt, weil die Theorie der sofortigen Gläubigerhypothek den Kridar zum Nachteil der ausfallenden Gläubiger begünstige.

schritten, so geht der Besteller leer aus, es sei denn ein Kontokorrent- oder ähnliches Verhältnis gesichert. Ist die Forderung durch Tilgung unter dem Höchstbetrag geblieben, so ist festzustellen, wer gezahlt hat, ob etwa dadurch gemäß §§ 1143, 1150 sofort im vollen Betrage eine Eigentümerhypothek des Zahlenden entstanden ist. Haben aber mehrere Eigentümer = Schuldner, welche hintereinander Grundstückseigentümer geworden und in das Grundverhältnis eingetreten waren, Zahlungen geleistet, die höher sind als die Differenz zwischen Forderung und Höchstbetrag, so wird man ihnen bei Beendigung der Pendenz je einen verhältnismäßigen Teil der Eigentümerhypothek zusprechen müssen.[1])[2])

Auf dem Geschäftsgrundstück des A steht z. B. für Kredit eine Höchsthypothek von 10000 für G. Ehe der Kredit benutzt, wird Geschäft und Grundstück von B gekauft. Jetzt entsteht eine Forderung von 6000 und erlischt wieder in Höhe von 5000. Das Grundstück erwirbt jetzt C, ohne in das Geschäftsverhältnis einzutreten. Es entsteht eine Forderung von 2000. C, welcher sein Grundstück frei haben will, zahlt nun die Forderung von 3000. Nachdem noch einmal eine Forderung von 2000 entstanden ist, die B selbst tilgt, wird das Kreditverhältnis abgebrochen: A geht leer aus, denn die Forderung hat zusammen einmal

[1]) Anders anscheinend Planck, S. 717; Hoffmann, S. 67.

[2]) Die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek hindert nicht die weitere Inanspruchnahme des Kredits durch den Eigentümer oder Schuldner, die Pfändung wird dadurch vielleicht allerdings illusorisch. Ebensowenig unterbricht die Beschlagnahme des Grundstücks oder der Zuschlag in der Versteigerung das Kreditverhältnis. So Turnau-Förster, S. 1026; Neumann, S. 794; Hecking, S. 38; Reinhard (Recht 1902) S. 180; Endemann, S. 745; Fischer-Henle, § 1190 [1a]; R.G. 51 S. 117; R.O.L.G. 4, S. 75, 195. Anders: Böhm, S. 296. — Ebenso kann der Kreditanspruch des Eigentümers nicht mit der Wirkung gepfändet, überwiesen und sodann aufgegeben werden, daß dadurch die Eigentümerhypothek entsteht. Denn der Kreditanspruch ist höchstpersönlich. So mit Recht R.G. bei Gruchot 48 S. 606; anders Friedländer, Bl. f. R.A. 69, S. 516.

10000 betragen. C hat schon bei der Zahlung eine Eigentümerhypothek von 3000 erworben, B erwirbt bei Beendigung des Kreditverhältnisses eine Eigentümerhypothek von 7000.

§ 9.

4. Sonderfälle.

Von diesen Modifikationen der allgemeinen Grundsätze über die Eigentümerhypothek abgesehen, sind noch einige Sonderfälle eines Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek zu verzeichnen.

I. Beachtlich ist zunächst, daß in zwei Fällen die Höchstbetragshypothek zur Eigentümerhypothek wird, wo eine andere Hypothek erlöschen würde.

Einmal findet § 1178 B.G.B. keine Anwendung, weil die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Die Hypothek erlischt soweit also nicht gemäß § 1178 bei Vereinigung mit dem Eigentum, sondern fällt an den Eigentümer.[1])

Der zweite Fall ergibt sich bei der Arresthypothek. Sie ist gemäß § 932 Z.P.O. Höchstbetragshypothek. Wird der Arrestbefehl aufgehoben (vgl. §§ 925, 927, 934 Z.P.O.) oder die Vollziehung des Arrestbefehls für unzulässig erklärt (z. B. im Fall des § 929 III Z.P.O.), so wird nicht, wie man entsprechend §§ 775[1], 776 Z.P.O. annehmen könnte, die Hypothek gelöscht, sondern sie verwandelt sich gemäß § 932[2], 868 Z.P.O. in eine Eigentümerhypothek, obwohl der Bestand der Forderung nicht berührt wird. Hierin liegt also eine Ausnahme von dem (nur zu Unrecht bestrittenen) Grundsatze,[2]) daß nur ein Mangel der Gläubigerforderung, nicht auch des dinglichen Rechts, zur Eigentümerhypothek führt.

II. Endlich ist noch aus § 1190 IV B.G.B. ein Sonderfall des Eigentümerpfandrechts nur für die Höchstbetragshypothek herzuleiten. Diese Bestimmung gestattet, abweichend von

[1]) So auch Hecking, S. 39.

[2]) Vgl. Planck, S. 693, 695. Neuerdings: R.G. 70, S. 353.

dem Grundsatz des § 1153, für die Höchstbetragshypothek die Abtretung der Forderung ohne die Hypothek; für diese Hypothek also ein neuer Bruch mit dem akzessorischen Prinzip. Die Hypothek geht nicht mit auf den Zessionar über. Man hat aus dieser Vorschrift — mit wenig Grund — eine ganze Reihe von Streitfragen abgeleitet. So hat man[1]) merkwürdigerweise die Abtretung der Höchstbetragshypothek mit der Forderung für unzulässig erklärt, obwohl das Gesetz nur von der Möglichkeit der bloßen Forderungsabtretung spricht.

Weiterhin wird darüber gestritten, ob nur eine Einzelforderung,[2]) oder die ganze Forderung, die „Schlußforderung",[3]) oder beide[4]) ohne die Hypothek abgetreten werden können. Zum Teil ist die Literatur unklar, weil sie einer einheitlichen Terminologie ermangelt. Wesentlich für die Entstehung einer Eigentümerhypothek ist nicht so sehr, ob ein Teil der Forderung oder die ganze Forderung, sondern entscheidend ist vielmehr, ob die Forderung sowohl während, als auch nach der Pendenz ohne die Hypothek abgetreten werden kann, d. h. auch dann, wenn keine Forderungen in Zukunft mehr entstehen können, seien es auch nur Zinsforderungen einer als gegenwärtig bezeichneten und bestehenden Hauptforderung innerhalb des Höchstbetrages. Hierbei darf aber nicht,[5]) wie vielfach geschieht, die „Feststellung der Forderung" mit der tatsächlichen Beendigung der Pendenz verwechselt werden. Nach dem aus den Motiven S. 768 ersichtlichen Zweck und der ganz allgemeinen Fassung der Bestimmung des § 1190[4] ist die Abtretung einer Einzel- oder der Gesamtforderung sowohl

[1]) So z. B. Scholz (D. J. Z. Bd. 6 S. 384); auch Herold (Zentral-Blatt f. fr. G. Bd. 4 S. 703, Bd. 8 S. 346[1]); anscheinend auch Wöhler, S. 16.

[2]) So z. B. Biermann, S. 418[4]; Hachenburg, S. 317; Crome, S. 714[13]; Endemann, S. 882[18]; Oberneck, S. 962.

[3]) Rathenau, Archiv für b. R. Bd. 17 S. 195.

[4]) Turnau-Förster, S. 1023; Fuchs, S. 624; Böhm, S. 297; Staudinger, S. 797[4b]; Schmitz, S. 32, Hoffmann, S. 49.

[5]) Konsequent ist Schmitz, a. a. O. S. 32.

während als auch nach[1]) der Pendenz ohne die Hypothek zulässig. Nur die Feststellung des § 1190[1] darf noch nicht erfolgt sein,[2]) da diese die Höchstbetragshypothek zur schlichten Sicherungshypothek macht, für welche § 1190[4] nicht gilt.

Können sich nach der Abtretung der Forderungen für den Zedenten noch weitere Forderungen entwickeln, so sichert die Hypothek ihm diese künftigen und die ihm etwa verbliebenen Forderungen. Ist die Pendenz aber bei der Abtretung schon beendet — dies tritt wegen der Zinsen nicht notwendig mit der Beendigung des „Grundverhältnisses" ein — so geht die Hypothek auf den Eigentümer soweit über, als infolge der Abtretung der Höchstbetrag inhaltlos wird. Dies ist — soweit die formlose Abtretung ohne die Hypothek überhaupt nach der Pendenz zugelassen wird — in der Literatur unstreitig.[3]) Dagegen wird über die theoretische Begründung des Übergangs der Hypothek auf den Eigentümer lebhaft gestritten. Die einen lassen die Hypothek ipso iure mit der Abtretung auf den Eigentümer übergehen,[4]) andere machen erst einen Umweg:[5]) Schmitz wendet § 1163 I 2 unmittelbar, Cohn nur analog, Turnau-Förster § 1168 analog an. Böhm und Hachenburg unterstellen nur einen Verzichtwillen der Parteien. Rathenau, Hoffmann und Settegast berufen sich auf § 1169, Meisner und Hecking wenden § 1169 analog an. — Unmöglich kann ein bloßer Verzichtwille, selbst wenn er vorhanden

---

[1]) Anders: Biermann, Hachenburg, Crome, a. a. O.

[2]) Anders: Turnau-Förster, Rathenau, Fuchs, a. a. O.; anscheinend auch Gierke, S. 907[4]; Cohn, S. 54; Settegast, S. 34. — Wie hier: Schmitz, a. a. O. — Oberneck und Endemann (aber nur für Einzelforderungen).

[3]) Die Verfechter der ursprünglichen Eig.-Hyp. müßten eigentlich konsequent bei Abtretung auch während der Pendenz den zur Sicherung künftiger Forderungen bestimmten, zur Zeit „inhaltlosen" Teil der Hypothek dem Eigentümer zusprechen.

[4]) Schmitz, Cohn, Böhm, Turnau-Förster, Hachenburg, a. a. O.

[5]) Meisner, B.G.B. III S. 279; Hecking, S. 42, 44 ff.; Rathenau, Hoffmann, Settegast, a. a. O.

wäre, den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer herbeiführen. Diesen Erfolg kann nur eine förmliche Erklärung des Verzichtwillens haben.[1]) Auch § 1169 führt nicht zum Ziel. Die unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung ist ausgeschlossen, weil eine Einrede des Eigentümers im technischen Sinne nicht vorhanden ist. Es fehlt ja der Anspruch, demgegenüber das Leistungsweigerungsrecht geltend zu machen wäre, denn die Forderung ist abgetreten. Aber auch die analoge Anwendung des § 1169 ist abzulehnen, sie bedeutet nur einen Umweg. Denn bis zur freiwilligen oder erzwungenen Abgabe der Verzichtserklärung des Gläubigers würde das „inhaltlose" Gläubigerrecht aufrecht erhalten werden. Vielmehr muß der Übergang auf den Eigentümer ipso iure mit der Abtretung der Forderung erfolgen. Die direkte Anwendung des § 1163 I 2 oder § 1168 ist allerdings nicht möglich, weil die Forderung nicht erloschen ist, der Gläubiger nicht verzichtet hat. Immerhin ist die Rechtslage für die Hypothek eine analoge. Man kann m. E. sowohl § 1163 I 2 als § 1168 analog anwenden: Tritt der Gläubiger nach beendigter Pendenz die Forderung ohne die Hypothek ab, so ist der Eigentümer zur Zeit der Abtretung der tertius gaudens — vorausgesetzt, daß nicht die noch verbleibenden Forderungen des Zedenten den Höchstbetrag erreichen.

[1]) So auch Cohn, a. a. O., vgl. § 29 G.B.O.

Lebenslauf.

Am 20. Mai 1883 wurde ich Richard Karl Julius Werner, Sohn des verstorbenen Kgl. Schulrats Dr. Otto Werner und seiner Ehefrau Pauline geb. Noellner, in Ratibor O/S. geboren. Ich bin evangelischer Konfession und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1889 bis Ostern 1893 besuchte ich die Volksschule in Kreuzburg O/S., darauf das Kgl. Gymnasium ebendort, welches ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte sodann an den Universitäten in Leipzig (4 Semester) und Breslau (2 Semester) die Rechts- und Staatswissenschaften und hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Beer, Binding, Bücher, Hasse, Hölder, Lamprecht, Mitteis, Rabel, Sohm, Strohal, Wach.

Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Hedemann, Leonhard, Wolf.

Am 9. November 1905 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat gut und wurde darauf vom 25. November 1905 ab als Referendar bei dem Kgl. Amtsgericht in Bernstadt, seitdem in Breslau im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Von Oktober 1906 bis 1907 genügte ich meiner Militärpflicht bei dem 4. Niederschl. Infanterie-Regiment No. 51. Am 17. Juni 1909 bestand ich das examen rigorosum.